Nuove Autonomie

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXII – Nuova serie
N.3/2024 (settembre-dicembre)

INDICE

SAGGI

Francesco de Leonardis
"Ambiente, biodiversità, ecosistemi": riflessioni sull'art. 9 Cost. 489

Paolo Duret
La crisi ambientale-climatica nel prisma del sindacato giurisdizionale tra aporie e profezie 507

Guido Rivosecchi
Giudizio di parificazione dei rendiconti e autonomia regionale 553

Giuseppe Verde
Alcune considerazioni sui decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali 601

Mariaconcetta D'arienzo
Modelli di innovazione sociale per la tutela dei diritti delle persone con disabilità: sfide e prospettive per il Terzo settore 629

Alessandro Berrettini
Amministrazione digitale e "attività conoscitiva" nei contratti pubblici in direzione della ragionevolezza e della proporzionalità 679

Giulia Torta
Partecipazione pubblica e promozione dello sviluppo sostenibile: il caso emblematico della disciplina delle "materie prime critiche" 729

Marco Francesco Errico
Il principio del consolidamento nella dinamica del processo amministrativo 757

Pasquale La Selva
Tempo e risultato nei contratti della pubblica amministrazione 787

LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA

Roberta Pecoraro
Sulla configurabilità dell'annullamento doveroso 823

L'ANGOLO DELLE LIBERTÀ

Pier Luigi Portaluri
La pianificazione standardizzata e il «caso Milano»: riflessioni dopo un'audizione parlamentare 847

RECENSIONI

Loredana Giani, Aristide Police
Anna Simonati, Diversity as Strategic Opportunity. Exploring New Paths to Good Administration, Charlotte (U.S.A.), Information Age Publishing, 2024 877

Saggi

"Ambiente, biodiversità, ecosistemi": riflessioni sull'art. 9 Cost.

di Francesco de Leonardis

Sommario: 1. Gli interrogativi. – 2. Il concetto di ambiente nelle norme costituzionali. – 3. Le disposizioni del Testo Unico Ambientale sull'ambiente. – 4. La biodiversità. – 5. Gli ecosistemi. – 6. Conclusioni.

1. *Gli interrogativi*

La nuova formulazione dell'art. 9 Cost., terzo comma, si apre con il riferimento a tre sostantivi distinti: l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi[1]. Due di essi, l'ambiente e gli ecosistemi, erano già noti al lessico costituzionale in quanto richiamati dall'art. 117, comma 2, lett. *s*) Cost. – nonché dall'art. 116 Cost. – anche se fondamentalmente con riferimento ai criteri di riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni, mentre l'ultimo sostantivo, la biodiversità, deve considerarsi come una novità assoluta. Ad essi si aggiunge, nel secondo periodo del terzo comma, un'ulteriore novità: il riferimento agli animali.

[1] Sulla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 si segnalano A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in Atti del Convegno Aidambiente del 28 gennaio 2022, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022, 91; R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *www.federalismi.it*, 6 aprile 2022 (pubblicato anche negli Atti del Convegno Aidambiente, cit., 69); M. Cecchetti, *Virtù e limiti degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2022 (pubblicato come introduzione anche negli Atti del Convegno Aidambiente, cit., 9); F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 123; M. Monteduro, *Riflessioni sulla "primazia ecologica" nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, in Atti del convegno Aidambiente, cit., 221; M. Delsignore – A. Marra – M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.,* 1/2022; G. Severini- P. Carpentieri, *Sull'inutile anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021; A.O. Cozzi, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online (www.dpceonline.it/)*, 4/2021, 3391 ss. Infine, si consenta di rinviare a F. de Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada (www.apertacontrada.it/)*, 28 febbraio 2022 (pubblicato anche in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 49).

Ed è proprio su tali termini che ci si interrogherà nel presente contributo: perché il legislatore costituzionale ha ritenuto necessario utilizzare tre termini diversi? Cosa s'intende per ambiente? E per biodiversità? E per ecosistemi? Perché il legislatore costituzionale ha sentito la necessità di aggiungere la biodiversità ai due preesistenti? Si tratta forse dello spostamento da una visione antropocentrica ad una ecocentrica?

Si può anticipare subito che, fortunatamente, per almeno due di essi, biodiversità e ecosistemi, disponiamo di definizioni che discendono direttamente dal diritto europeo e che, in quanto contenute in un regolamento europeo, sono direttamente vincolanti anche nell'ordinamento nazionale.

Ma procediamo ad affrontarne l'esame secondo l'ordine in cui il testo costituzionale li menziona: prima l'ambiente, poi la biodiversità e infine gli ecosistemi.

2. *Il concetto di ambiente nelle norme costituzionali*

Il concetto di ambiente è il primo ad essere menzionato nell'ordine del testo del novellato art. 9 Cost. ed è anche quello più ampio, comprensivo e risalente. Nonostante la sua "lunga storia", però, si tratta di un concetto che resta ancor oggi non definito e non a caso ci si sta ponendo il problema se introdurne una definizione espressa nel codice dell'ambiente. Com'è noto, non esiste una definizione di ambiente nel diritto positivo nazionale ed europeo e per questo occorre ricavarla dal combinato disposto di altre norme.

È *in primis* all'ordinamento costituzionale che occorre riferirsi per tentare di dare tale definizione per poi spostarsi sul piano della normazione primaria.

In una prima fase, com'è noto, la tutela dell'ambiente era stata ricavata dalla giurisprudenza costituzionale implicitamente da due norme costituzionali, l'art. 9 sul paesaggio e l'art. 32 sulla salute[2]. In realtà, vi erano

[2] Negli anni '60 la Corte Costituzionale non menzionava l'ambiente e la sua tutela, ma ne riconosceva una tutela indiretta attraverso la protezione delle bellezze naturali e della fauna (*ex multis*: sent. 19 dicembre 1959, n. 65; sent. 6 luglio 1965, n. 59; sent. 24 aprile 1967, n. 50; sent. 9 giugno 1967, n. 71). Il primo riferimento alla tutela dell'ambiente si ha nella sent. 26 aprile 1971, n. 29 relativa all'istituzione del Parco nazionale dello Stelvio, seguita dalle sentt. 17 febbraio 1972, n. 30 sulla protezione delle esigenze dell'ecologia e 4 luglio 1974, n. 203 sulla conservazione dell'ambiente marino. Negli

anche altre norme, come ad esempio l'art. 42 sulla proprietà e l'art. 44 sul suolo che in qualche modo potevano dirsi collegate con l'ambiente, ma la dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate particolarmente sulle prime due.

Successivamente, a partire dal 2001, con l'art. 117, comma 2, lett. *s*) e comma 3, nonché con l'art. 116, comma 3, per la prima volta l'ambiente viene inserito nel lessico costituzionale con riferimento rispettivamente all'attribuzione di competenza legislativa e alle materie devolvibili all'autonomia differenziata. Riconosciuto il valore costituzionale dell'ambiente, è in particolare sul riparto di competenze che si concentra la giurisprudenza costituzionale posteriore alla riforma del Titolo V[3].

La riforma del 2022 ha rafforzato la presenza del termine ambiente inserendolo non solo nella parte dei principi fondamentali, ossia nel terzo comma dell'art. 9, ma anche nell'art. 41, norma chiave della c.d. "Costituzione economica".

Alla luce di tali integrazioni il reticolo di disposizioni costituzionali a cui si deve oggi guardare per provare a costruire una definizione di ambiente viene ad essere costituito da ben sette norme (gli artt. 9, 32, 41, 42, 44, 116 comma 3, 117) di cui una, l'art. 117, che contiene a sua volta tre rilevanti disposizioni (comma 2, lett. s); comma 2, lett. m); comma 3). In ognuna delle norme citate si trova qualche spunto che può consentire di ricostruire la nozione di ambiente.

---

anni '80 si registra un'accelerazione: la Corte tenta di definire il concetto di ambiente. Dapprima la tutela viene perimetrata attorno alla triplice tutela dell'assetto urbanistico, del paesaggio e della salute e delle matrici ambientali dall'inquinamento antropico (sent. 29 dicembre 1982, n. 239), poi si parla esplicitamente di tutela dell'ambiente connessa a quella del paesaggio (sent. 22 giugno 1983, n. 184). Si approda infine alla sent. 28 maggio 1987, n. 210, nella quale la Corte fa riferimento esplicito a valori costituzionali, ivi inclusi ambiente e salute, di competenza statale. Dalla sent. 30 dicembre 1987, n. 617 in poi l'ambiente viene qualificato come bene primario e valore assoluto costituzionalmente garantito. Per una ricostruzione cfr. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.

[3] Si vedano, in particolare, le sentt. nn. 407/2002 e 307/2003 che riconoscevano una competenza "indiretta" delle regioni di implementazione degli standard di protezione nazionali e le sentt. nn. 367/2007 e 378/2007 che invece riaffermano la competenza esclusiva dello Stato nella disciplina della tutela dell'ambiente. Per una ricostruzione sistematica della giurisprudenza costituzionale si veda: M. Cecchetti, *La materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2009.

L'art. 9, comma 3, Cost., per il quale la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni» inserisce anche esplicitamente l'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento e, in quanto tale, rappresenta indubbiamente tra le sette norme quella sistematicamente più rilevante.

Ma altrettanto rilevante (se non di più) appare anche l'art. 41 Cost. in cui i nuovi riferimenti all'ambiente sono contenuti rispettivamente nel secondo e nel terzo comma.

Mentre infatti il primo comma dell'articolo dopo la riforma del 2022 è rimasto invariato («l'iniziativa economica privata è libera»), nel secondo comma si sono aggiunti all'elenco dei limiti di utilità sociale dell'attività economica anche la salute e l'ambiente («non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all'ambiente [n.d.r.: corsivo aggiunto]*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»).

Nel terzo comma si è poi previsto che tra le finalità che consentono di indirizzare l'attività privata vi siano anche quelle ambientali, oltre a quelle sociali («la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali *e ambientali [n.d.r.: corsivo aggiunto]*»).

Orbene i termini di "utilità sociale" e di "fini sociali" cui indirizzare l'attività economica richiamano la società e quindi indirettamente l'uomo e sono prettamente "antropocentrici", almeno in una visione riduttivista, benché suscettibili di interpretazione evolutiva. Invero, la "utilità sociale", come osservato dalla dottrina, è un "principio-valvola"[4] che come tale viene permeato dalle evoluzioni della società. Invero, la stessa Corte Costituzionale ha, prima ancora della riforma costituzionale del 2022, affermato che la dimensione ambientale fosse ricompresa nell'utilità sociale di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost.[5].

[4] A. Baldassarre, *voce Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, 1971, 582 ss. Si parla anche di valore (M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 81) a sottolineare comunque la necessaria elasticità del concetto per consentirne l'adeguamento all'evoluzione politica e sociale.

[5] Si veda, per esempio, la sent. n. 196/1998, nella quale la Corte ha affermato che «non è configurabile la lesione della libertà d'iniziativa economica, perché questa consente l'apposizione di limiti al suo esercizio a condizione che essi corrispondano all'utilità sociale, nel cui ambito sicuramente rientrano gli interessi alla tutela della salute e dell'ambiente». Analogamente, nella sent. n. 190/2001 si legge che «è acquisito dalla giurisprudenza costituzionale che al limite dell'utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa

L'inserimento dell'ambiente nell'art. 9 Cost. e dei limiti/fini ambientali nell'art. 41 Cost. non significa certo aver fatto venire meno la centralità dell'uomo, come pure una parte della dottrina ha ritenuto[6], ma ha invece evidenziato che una vera e profonda tutela dell'uomo non può realizzarsi in modo segmentato dimenticando che l'uomo a sua volta è parte di un sistema.

In questo nuovo "antropocentrismo situato", come è stato evocativamente definito[7], resta sempre rilevante e centrale il principio personalista degli artt. 2-3 Cost., nonché l'art. 32 – «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti» – che, come ricordato, costituisce il grimaldello utilizzato dalla Corte Costituzionale, assieme al paesaggio di cui alla precedente versione dell'art. 9 Cost., per legittimare la tutela dell'ambiente nell'ordinamento nazionale in assenza di specifiche norme costituzionali al riguardo.

È indubbio che le modifiche abbiano un impatto rilevante sull'assetto costituzionale, in particolare sulla "Costituzione economica" del nostro paese, là dove si prevede che la tutela dell'ambiente non solo si aggiunge ai vincoli negativi dell'attività economica ma può essere anche considerata un vero e proprio vincolo positivo per la conformazione, appunto in senso ambientale, di tale attività. Si sono quindi collegate le economie

economica privata in forza dell'art. 41 della Costituzione non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell'ambiente». Ancora, la Corte ha affermato che la tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sent. n. 264/2012); ove tale aspetto non si verificasse, si avrebbe «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85/2013). Sul punto, cfr. G. Sabato, *La tutela dell'ambiente di fronte alle Corti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2016, 703 ss.; E. Frediani, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela "sistemica" nella vicenda dell'Ilva di Taranto*, in *www.federalismi.it*, n. 15/2013, 1 ss.

[6] G. Scarselli, *I nuovi art. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *Giustizia insieme (www.giustiziainsieme.it/)*, 10 marzo 2022; G. di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, *paper* 1° luglio 2021.

[7] «(…) la vita umana è incomprensibile e insostenibile senza le altre creature» (*Laudate Deum*, esortazione apostolica del Santo Padre Francesco a tutte le persone di buona volontà sulla crisi climatica del 4 ottobre 2023, § 67).

brown, green e *blue* con i tre commi dell'art. 41 Cost.[8]

Parimenti, la riforma impone una rilettura anche dell'art. 42 Cost., secondo il quale «la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale». Alla luce delle modifiche intervenute, infatti, la dottrina più attenta ha iniziato a chiedersi se si possa parlare solo di "funzione sociale" della proprietà o se occorre iniziare a sottolineare una possibile "funzione ambientale" che, sempre nell'ottica dell'"antropocentrismo situato", non sostituisce la prima ma la integra e, se vogliamo, la arricchisce aumentandone la tutela[9].

Allo stesso modo andrebbe riletto l'art. 44, per cui «al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà». Occorre chiedersi, infatti, se sia ancora compatibile con l'art. 9 Cost. il verbo utilizzato con riferimento al suolo, una delle matrici ambientali più rilevanti, che viene menzionato come matrice da "sfruttare", se pur in modo razionale, o se, invece, anche in relazione a quanto previsto dal regolamento "tassonomia"[10], non occorra tutelare e proteggere tale

[8] Si consenta il rinvio a F. de Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *L'ambiente per lo sviluppo*, a cura di G. Rossi-M. Monteduro, Torino, 2020, 25 ss. Cfr. anche R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2018, 801 ss.

[9] F. Giglioni, *La proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9*, in *Munus*, n. 3/2023, 597 ss.

[10] Regolamento (UE) 2020/852 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088. Il regolamento, nel classificare le attività "ecosostenibili", individua alcuni obiettivi cui esse devono tendere. In particolare, gli obiettivi "contributo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici" (art. 10), "contributo sostanziale alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento" (art. 14) e "contributo sostanziale alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi" (art. 15) ricomprendono attività volte al miglioramento dello stato di salute dei suoli, al contenimento del loro utilizzo, alla rigenerazione, alla promozione delle capacità di assorbimento del carbonio per la riduzione delle emis-

matrice ambientale per garantire che continui a fornire i propri servizi ecosistemici.

Vi sono poi l'art. 117, comma 2, lett. s) sul riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni, per cui «lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: (…) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» che tanti problemi ha creato in ordine al riparto di competenza legislativa con le Regioni e l'art. 117, comma 3, per cui tra le materie di competenza concorrente delle Regioni vi sono pure quelle relative alla «valorizzazione dei beni culturali e ambientali».

Ma ruotano intorno al concetto di ambiente anche ulteriori due disposizioni, spesso non a sufficienza richiamate: l'art. 117, comma 2, lett. m) sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» e l'art. 116, comma 3, che ricomprende la materia ambientale tra quelle che possono essere oggetto di autonomia differenziata (assieme a quelle indicate nel comma 3 dell'art. 117).

Di recente ci si è interrogati se il diritto all'ambiente salubre possa essere considerato un diritto civile o sociale che deve essere garantito su tutto il territorio nazionale, se con riferimento ad esso si possano individuare vere e proprie prestazioni che ne assicurano il godimento e quali siano i soggetti che sono chiamati a fornire tali prestazioni. Il tema si è posto in sede di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) dal momento che anche la tutela dell'ambiente viene considerata come materia che in astratto potrebbe essere affidata all'autonomia differenziata.

L'art. 116, comma 3, infatti, sancisce che «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s) [*n.d.r.: quindi la tutela dell'ambiente*], possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei princìpi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata».

---

sioni etc. Inoltre, costituisce ai sensi del regolamento "danno significativo agli obiettivi ambientali" (art. 17) anche quello perpetrato alla matrice suolo in termini di inquinamento.

Dunque, la Costituzione menziona più volte il termine ambiente e in punti diversi, ma non lo definisce, pertanto occorre riferirsi alla normativa primaria.

3. *Le disposizioni del Testo Unico Ambientale sull'ambiente*

Il decreto legislativo n. 152/2006 ("Codice dell'ambiente" o "TUA") non si apre, come pure sarebbe logico, con una norma contenente le definizioni, come del resto avviene normalmente nel diritto europeo. Anche in questo caso, quindi, occorre cercare spunti utili per la sua definizione nel combinato disposto di altre norme in esso contenute[11].

In quest'ottica, vi sono almeno tre norme che pare utile richiamare: 1) l'art. 2, che si colloca nella Parte Prima sui principi e le disposizioni generali; 2) l'art. 301, inserito nella Parte Sesta sul danno; 3) l'art. 5, che si colloca nella Parte Seconda sui provvedimenti ambientali.

La prima norma, l'art. 2, comma 1, TUA, per il quale «il presente decreto legislativo ha come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali», esprime chiaramente il "contrasto" tra l'uomo e ciò che lo circonda.

La prospettiva di tale norma è chiaramente "antropocentrica", nel senso che la tutela dell'ambiente viene vista come uno strumento per assicurare un alto livello di qualità della vita umana[12].

La seconda norma, l'art. 301 TUA, per il quale «è danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima» (comma 1), nel riferirsi solo alle risorse naturali e alle utilità fornite da esse, richiama

---

[11] Sulla nozione di ambiente si richiama normalmente lo scritto di M.S. Giannini, *"Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 15 che, pur essendo per il periodo in cui fu scritto particolarmente innovativo e precursore, è oggi da ritenersi superato come ben mette in evidenza G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, V ed., 2021, 12.

[12] Sui rapporti tra antropocentrismo ed ecocentrismo cfr. J. Luther, *Antropocentrismo e biocentrismo nel diritto dell'ambiente in Italia e in Germania*, in *Pol. diritto*, 1989; M. Cecchetti, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, cit., 310; D. Amirante, *La* reformette *dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *DPCE*, 2/2022, IX.

invece la centralità della natura secondo una prospettiva ecocentrica.

Sempre per la stessa norma costituisce danno ambientale il «deterioramento, in confronto alle condizioni originarie, provocato: a) alle specie e agli habitat naturali (…); b) alle acque interne (…); c) alle acque costiere (…); d) al terreno, mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell'introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente» (comma 2).

La terza norma, l'art. 5, comma 1, lett. c), TUA, definisce gli impatti ambientali come «effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità, con particolare attenzione alle specie e agli habitat protetti in virtù della direttiva 92/43/CEE e della direttiva 2009/147/CE; territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati. Negli impatti ambientali rientrano gli effetti derivanti dalla vulnerabilità del progetto a rischio di gravi incidenti o calamità pertinenti il progetto medesimo».

In questo caso la nozione di ambiente è più ampia e ricomprende una serie di fattori: l'uomo e la sua salute, sia pur centrali e fondamentali, vengono accompagnati dai riferimenti alla biodiversità e al richiamo espresso delle matrici ambientali suolo, acqua, aria e clima. Il concetto è quindi più ampio perché complesso e sistemico.

In pillole, si potrebbe dire che nella prima norma, l'art. 2, campeggia l'uomo e la prospettiva antropocentrica, nella seconda norma, l'art. 301, campeggia la natura e la prospettiva ecocentrica, mentre nella terza norma, l'art. 5, viene effettuata la sintesi tra le due.

4. *La biodiversità*

La biodiversità, a differenza di quanto avviene per l'ambiente, viene definita espressamente, ma non a livello di diritto nazionale[13]. Si possono infatti richiamare due definizioni di biodiversità: la prima, di diritto inter-

[13] Sulla biodiversità cfr. A.M. Chiariello, *La funzione amministrativa di tutela della biodiversità nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022; M.V. Ferroni, *La perdita della biodiversità, gli strumenti di tutela e il codice dell'ambiente*, in *RQDA (www.rqda.eu/)*, 2, 2021; A. Crescenzi, voce *Biodiversità*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2010, 2.

nazionale, contenuta nella Convenzione sulla diversità biologica firmata a Rio nel 1992[14] e la seconda, che riprende di fatto la prima, è prevista dal diritto europeo, nel già citato Regolamento "tassonomia" del 2020[15].

Nei due testi normativi per diversità biologica o biodiversità[16], infatti, s'intende la «variabilità degli organismi viventi di qualsiasi fonte, inclusi, tra l'altro, gli ecosistemi terrestri, marini e gli altri ecosistemi acquatici, nonché i complessi ecologici dei quali essi fanno parte: essa comprende la diversità all'interno di ogni specie, tra le specie e degli ecosistemi»[17]. Tale diversità comprende, a vari livelli, la diversità genetica come patrimonio di geni di una specie, la diversità di specie, che rappresenta l'unità di base della classificazione biologica, e la diversità ecologica che si riferisce all'insieme degli *habitat* naturali, delle comunità biotiche e dei processi ecologici entro cui le specie si sono evolute e si sono adattate.

La necessità di tutelare la biodiversità nasce dalla presa di consapevolezza che, come dimostra la gran parte dei dati tecnico-scientifici, è stato alterato il 75% degli ecosistemi terrestri e il 66% degli ecosistemi marini e che, continuando con gli attuali ritmi di trasformazione del territorio, il 90% degli ecosistemi sarà presto compromesso in maniera significativa[18]. Trattandosi di un tasso di estinzione di specie e sottospecie da cento a mille volte superiore alla media delle estinzioni della storia del pianeta, la gran parte degli scienziati conclude che siamo di fronte alla sesta grande

[14] UNEP, *Convention on biological diversity*, 5 giugno 1992.

[15] Regolamento (UE) 2020/852.

[16] L'espressione diversità biologica fu utilizzata per la prima volta dal biologo americano T. E. Lovejoy per descrivere la riduzione delle specie vegetali e animali (T.E. Lovejoy, *The Global 2000 Report to the President*, vol. II, *The Technical Report*, Gerald O. Barney ed., New York, 1980, 327). Successivamente vennero introdotte da E.A. Norse e R.E. McManus all'interno della definizione quelle di diversità genetica e ecologica (E.A. Norse – R.E. McManus, *Ecology and living resources: Biological diversity*, in AA.VV., *Council on Environmental Quality, Environmental Quality 1980: The Eleventh Annual Report of the Council on Environmental Quality*, Washington, DC, 1980, 31). Per abbreviarne la citazione nei documenti ufficiali ne venne proposta la sintesi nell'espressione "biodiversità": S. Sarkar, *Defining "Biodiversity"; Assessing Biodiversity*, in *The Monist*, 2002, 131 e E.O. Wilson, *Biodiversity*, Washington, D.C., 1988.

[17] Definizione contenuta nell'art. 2 della Convenzione e nell'art. 2, par. 1, n. 15) del Regolamento.

[18] I dati si ricavano dallo studio del *team* di ricerca capeggiato da Johan Rockström sui *Planetary Boundaries* (K. Richardson et al., *Earth beyond six of nine planetary boundaries*, in *Sci. Adv.*, 9, n. 37/2023, nonché dall'ultima versione del *Global Environment Outlook* (GEO-6) redatta dall'UNEP.

estinzione di massa, che ha la peculiarità di essere causata in misura principale dalle attività umane.

La biodiversità svolge un ruolo chiave, anche per l'uomo: la specie umana è in rapporto sistemico con le altre specie viventi e non può vivere senza di esse in maniera duratura, dunque, la scomparsa delle specie minaccia la sopravvivenza dell'uomo, oltre che l'intero ecosistema.

È proprio tale consapevolezza che ha spinto il diritto internazionale alla redazione della Convenzione citata del 1992, che si pone come obiettivo proprio quello di tutelare la diversità biologica e che può considerarsi come lo *starting point* delle norme internazionali in materia. È in essa che trae origine il concetto di servizi ecosistemici forniti dall'ambiente e distinti in servizi di fornitura, di regolazione, culturali e di supporto[19].

L'attuazione degli obiettivi della Convenzione CBD si è andata realizzando nelle conferenze delle Parti (COP) nel corso delle quali sono stati fatti importanti passi in avanti in relazione a vari aspetti ed è stato definito e promosso il concetto di approccio ecosistemico. Se nei primi dieci anni di vita della Convenzione, nonostante la maggiore sensibilizzazione degli Stati e della società civile su tali temi, non si sono prodotti i risultati sperati, come è stato riconosciuto nel 2002 nel *World Summit on Sustainable Development,* è nel 2010 che si è fatto un passo in avanti fondamentale. Alla decima conferenza delle Parti della Convenzione tenutasi a Nagoya nel 2010, prefettura di Aichi, venne infatti concordato il Piano strategico per la biodiversità 2011-2020 ed i relativi 20 obiettivi chiamati *Aichi Biodiversity Targets*.

Gli obiettivi della Convenzione CBD e delle successive COP si rinvengono anche all'interno dell'Agenda 2030[20], segnatamente nel punto 9 della dichiarazione introduttiva e nell'obiettivo 15. Nel punto 9 si legge che «(…) un mondo in cui lo sviluppo e l'impiego della tecnologia sono sensibili al clima, rispettano la biodiversità e sono resilienti. Un mondo in cui l'umanità vive in armonia con la natura e in cui la fauna selvatica e le altre specie viventi sono protette». Analogamente, l'obiettivo 15 dell'Agenda 2030 richiama espressamente la necessità di «proteggere, ripristina-

[19] Cfr. S. Maljean-Dubois, *International biodiversity law*, The Hague Academy of International Law, Leida, 2024; A. García-Ureta, *EU Biodiversity Law: Wild Birds and Habitats Directives*, Amsterdam, 2020; L. Krämer-C. Badger, *Krämer's EU Environmental Law*, London, 2024; G. Antonelli-T. Qin-M.V. Ferroni-A. Erwin, *Biodiversity Laws, Policies and Science in Europe, the United States and China*, Berlino, 2024.

[20] A/RES/70/1 del 21 ottobre 2015.

re e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre, gestire sostenibilmente le foreste, contrastare la desertificazione, arrestare e far retrocedere il degrado del terreno e fermare la perdita di diversità biologica».

Nel 2020, prendendo atto che molti degli *Aichi Biodiversity Targets* non erano stati raggiunti, l'Organismo di consulenza della Convenzione delle Nazioni Unite sulla Biodiversità (CBD) ha adottato una serie di raccomandazioni che hanno posto le basi per lo sviluppo di un nuovo quadro globale per la biodiversità (*Post-2020 Global Biodiversity Framework*)[21].

Vi è poi la COP 15 di Montreal del 2022 in occasione della quale è stato approvato da 190 Paesi il Quadro globale per la biodiversità Kunming-Montreal (*Global Biodiversity Framework* o *Gbf)*, anche menzionato come "accordo Kunming-Montreal" che prevede che nei prossimi sette anni tutti i Paesi firmatari dovranno impegnarsi, Italia inclusa, per tutelare superfici crescenti fino al 30% entro la fine del decennio[22].

A livello europeo l'attenzione alla tutela della biodiversità ha corso di pari passo con i tentativi del diritto internazionale. Il primo strumento giuridico è stata la Rete Natura 2000, una rete europea di protezione della flora e della fauna costituita da Siti di Interesse Comunitario (SIC) e Zone Speciali di Conservazione (ZSC) identificati dagli Stati membri ai sensi della direttiva "habitat" (direttiva 92/43/CEE) e Zone di Protezione Speciale (ZPS) per la tutela dell'avifauna ai sensi della direttiva "uccelli" (direttiva 2009/147/CE). Più recentemente, l'Ue si è dotata di una Strategia in materia di biodiversità, dapprima nel 2011 e poi nel 2020[23], anche se

[21] Successivamente presentato nel 2022, il documento prevede una nuova agenda per gli Stati nel tentativo di adempiere agli obiettivi della Convenzione CBD.

[22] Decisione del 19 dicembre 2022. L'accordo prevede, oltre al ripristino del 30% degli ecosistemi degradati e la conservazione e protezione della stessa quota delle aree terrestri e marittime entro il 2030: lo stanziamento di 200 miliardi di dollari all'anno per azioni di conservazione della biodiversità; la riduzione del 50% dei rischi potenziali derivanti dall'uso di pesticidi; l'eliminazione, la riduzione o la mitigazione degli impatti delle specie esotiche sulla biodiversità e sui servizi ecosistemici; la divulgazione da parte delle imprese degli impatti delle proprie attività sulla biodiversità e delle informazioni necessarie ai consumatori per la promozione di modelli di consumo sostenibili; un sistema di monitoraggio dei risultati.

[23] La prima Strategia è contenuta nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020*, COM(2011) 244. La seconda Strategia, adottata nell'ambito del *Green Deal*, è contenuta nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio,

sono diversi gli atti, programmatici e non, che incidono sulla tutela della biodiversità a livello europeo.

La base di partenza del diritto europeo è il riconoscimento della situazione di forte criticità di tale matrice. Se nei primi atti giuridici non si coglie il passaggio dalla volontarietà alla obbligatorietà degli interventi, neppure con una rilettura in chiave sistemica[24], nella Strategia Ue del 2020 vengono fissati degli obiettivi specifici.

In quest'ottica, costituirà un importante tassello nella costruzione di un quadro giuridico europeo vincolante in materia di biodiversità il Regolamento "sul ripristino della natura"[25]. Tale Regolamento, che guarda al ripristino degli ecosistemi degradati, alla mitigazione e all'adattamento ai cambiamenti climatici, alla neutralità in termini di degrado del suolo e alla maggiore sicurezza alimentare, fissa come obiettivi per gli Stati membri il ripristino di almeno il 20% delle zone terrestri e il 20% delle zone marine dell'UE entro il 2030 e di tutti gli ecosistemi che necessitano di ripristino entro il 2050[26]. Scendendo nel dettaglio, il legislatore europeo detta misure specifiche per il ripristino degli habitat terrestri e marini degradati, gli impollinatori, gli ecosistemi agricoli, le zone urbane, i fiumi e le pianure alluvionali e le foreste.

5. *Gli ecosistemi*

Il concetto di ecosistema viene definito dall'art. 2, par. 1, n. 13) del Regolamento "tassonomia" come «un complesso dinamico formato da comunità di piante, di animali e di microorganismi e dal loro ambiente non vivente che, mediante la loro interazione, formano un'unità funzionale». A tale definizione si aggiunge anche quella (art. 2, par. 1, n. 14) di "servizi ecosistemici" che sono «i contributi diretti e indiretti degli ecosistemi ai benefici economici, sociali, culturali e di altro tipo che le persone

al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita*, COM(2020) 380.

[24] Oltre alle direttive habitat e uccelli, sono state approvate norme in materia di silvicoltura (regolamento UE 2018/841), pesca e ambiente marino (direttiva 2008/56/CE), specie invasive (regolamento UE n. 511/2014) e agricoltura (con la Politica Agricola Comune).

[25] Regolamento (UE) 2024/1991 del 24 giugno 2024.

[26] Art. 1 del Regolamento.

traggono da tali ecosistemi»[27].

Come affermato più volte dalla stessa Corte Costituzionale, la tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»[28]. Lo stesso giudice delle leggi nella sentenza n. 12/2009 ha distinto con chiarezza l'ambiente dall'ecosistema affermando che «peraltro, anche se i due termini esprimono valori molto vicini, la loro duplice utilizzazione, nella citata disposizione costituzionale, non si risolve in un'endiadi, in quanto col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé».

Il termine ecosistema è forse quello dei tre menzionati nell'art. 9 che esprime meglio l'unitarietà del bene ambiente e allo stesso tempo la sua natura relazionale o sistemica[29] ed evidenzia il concetto di interconnessione che costituisce il *leitmotiv* dal diritto ambientale a partire dal rapporto Brundtland del 1987[30].

L'approccio ecosistemico consente di guardare al sistema come un insieme di parti che, una volta combinate, presentano qualità e caratteristiche nuove rispetto a quelle delle parti che originariamente lo compongono: il Pianeta costituisce un sistema integrato e non una somma di elementi individuali. Il disegno complessivo diviene più importante dell'analisi delle singole componenti che non possono essere scisse tra loro[31].

Nella recente sentenza della Corte Costituzionale n. 105/2024 il

---

[27] Sul tema, cfr. L.M. Padovani-P. Carrabba-F. Mauro, *L'approccio ecosistemico: una proposta innovativa per la gestione della biodiversità e del territorio*, Roma, 2003; A. Lalli, *I servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico-istituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2017, vol. 50, n. 195/196, 39 ss.; M. Carrer, *I servizi ecosistemici. Note per una critica costituzionale*, in *Quad. amm.*, n. 3/2020, 128 ss.; A. Farì, *L'ambiente come funzione. Servizi ecosistemici e capitale naturale*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, cit., 121 ss. Si consenta il rinvio anche a F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023.

[28] C. Cost., sent. n. 85/2013.

[29] Sul punto v. M.P. Poto, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1057 ss.

[30] *United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development, Our Common Future*, 1987, Annex to document A/42/427.

[31] Sul punto si veda ad esempio V. De Lucia, *The 'Ecosystem Approach' in International Environmental Law. Genealogy and Biopolitics*, London, 2019 e si consenta ancora di rinviare a F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico*, cit.

giudice costituzionale ha significativamente affermato in tal senso che «la riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente, inteso come bene unitario, comprensivo delle sue specifiche declinazioni rappresentate dalla tutela della biodiversità e degli ecosistemi, ma riconosciuto in via autonoma rispetto al paesaggio e alla salute umana, per quanto ad essi naturalmente connesso; e vincola così, esplicitamente, tutte le pubbliche autorità ad attivarsi in vista della sua efficace difesa».

6. *Conclusioni*

Nel tentativo di rispondere agli interrogativi posti in apertura, si può affermare che i tre termini utilizzati hanno ciascuno un significato diverso che può essere ricondotto alla hegeliana tripartizione di tesi, antitesi e sintesi.

Il termine "ambiente" costituisce il contenitore, l'habitat, il teatro, la cornice (la "tesi") in ossequio alla sua etimologia di "ciò che sta intorno" e che rimanda ad un centro che è senz'altro l'uomo. In questo senso era orientata, ad esempio, una delle prime definizioni di ambiente, quella del programma di azione della Commissione europea del 1973, per la quale esso era definibile come l'«insieme degli elementi che nella complessità dei loro rapporti costituiscono la cornice, l'ambito e le condizioni di vita dell'uomo, quali sono o vengono avvertiti». Da questo punto di vista, paradossalmente, dei tre termini, l'ambiente, e il suo aggettivo "ambientale" (*environmental state*), si caratterizza per essere quello più antropocentrico.

Il termine "biodiversità" richiama, invece, la natura in quanto tale, in tutte le sue differenze, flora e fauna (l'"antitesi"). Il termine è indubbiamente, volendo utilizzare la classificazione usuale, qualificabile come ecocentrico.

Il termine "ecosistemi" costituisce la "sintesi", dal momento che richiama l'idea di sistema, di organismo, di insieme in cui ci sono sia l'uomo, sia la natura/biodiversità con la centralità che viene attribuita al primo dalle altre norme di principio della Costituzione.

Il fatto che la parte non possa stare senza il tutto, che occorra passare dall'approccio "per silos" a quello sistemico[32], non significa mettere in

[32] M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattati-*

dubbio che la primazia resti senz'altro dell'uomo, unica specie che può assumersi doveri e che, comunque, non può vivere e sopravvivere se non in armonia con la natura: *simul stabunt simul cadent*.

Il punto nodale non è quindi quello di superare l'antropocentrismo in favore dell'egualitarismo biocentrico. L'inserimento in Costituzione della biodiversità risponde alla logica dell'"aggiungere" anche la dimensione naturale; non si tratta quindi di postulare che l'uomo dovrebbe eclissarsi dal centro e divenire una particella dell'universo, lasciando finalmente spazio alle altre specie secondo prospettive paritarie, in quanto la responsabilità nei confronti della natura che è richiesta all'uomo non è esigibile agli altri esseri viventi[33].

Si ritiene quindi parimenti fallace tanto il fondamentalismo antropologico quanto quello ecologico, perché la necessità di equilibrio rifiuta ogni tipo di fondamentalismo. La chiave sta quindi nel menzionato "antropocentrismo situato", che è sintesi di equilibrio tra uomo e natura e che, da un punto di vista giuridico, non comporta una *deminutio* ma semmai un ulteriore avanzamento del principio personalista che ispira la nostra Costituzione.

vo, comune, Torino, 2007; M. Cafagno, D. D'Orsogna, F. Fracchia, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2018, 713 ss.

[33] Atti del Convegno Aidambiente, cit.

Abstract

L'inserimento nell'art. 9 della Costituzione di ambiente, biodiversità ed ecosistemi come oggetti specifici di tutela da parte della Repubblica rappresenta il passaggio da una visione antropocentrica a una prospettiva di "antropocentrismo situato". Questa prospettiva di sintesi, rappresentata dal termine "ecosistemi", guarda al bilanciamento equilibrato tra le istanze di tutela dell'uomo e della natura e non rappresenta un indebolimento del principio personalista della Costituzione, ma un suo ulteriore avanzamento.

Environment, biodiversity ecosystems:
reflections on Art. 9 of the Italian Constitution

The inclusion of the environment, biodiversity, and ecosystems in Article 9 of the Constitution as specific objects of protection by the Italian Republic marks the transition from an anthropocentric vision to a perspective of "situated anthropocentrism." This perspective, represented by the term "ecosystems", seeks a balanced equilibrium between the protection of both humans and nature and does not weaken the Constitution's personalist principle but rather represents its further advancement.

La crisi ambientale-climatica nel prisma del sindacato giurisdizionale tra aporie e profezie*

di Paolo Duret

Sommario: 1. Quadro introduttivo e premesse terminologiche. – 2. Il contenzioso climatico: caratteri generali. – 3. Le differenti prospettive di tutela nel contenzioso climatico. – 4. Problematiche del contenzioso climatico (uno sguardo d'insieme): il ruolo del processo; la separazione dei poteri; l'individuazione della giurisdizione. – 5. (*Segue*) Problematiche del contenzioso climatico (uno sguardo d'insieme): le condizioni dell'azione; il danno; la responsabilità; la colpa; il nesso di causalità (e la *climate attribution science*); l'onere della prova e la precauzione "climatica"; gli atti impugnabili. – 6. I poteri del giudice e la cd. "riserva di scienza" – 7. Concludendo…

1. *Quadro introduttivo e premesse terminologiche*

Circa quaranta anni fa, nel concludere un convegno di Studi dedicati ai problemi dell'ambiente, Feliciano Benvenuti ipotizzava l'«inizio di modificazioni di una struttura tradizionale, come quella giuridica, con l'intervento di un tipo di struttura anomala, come quella che si rende evidente in relazione all'ambiente»[1].

Egli si richiamava alle nuove acquisizioni della scienza, in particolare agli studi di Prigogine sull'esistenza di strutture dissipative derivanti da processi di autorganizzazione e dunque sul superamento dell'idea dell'equilibrio interno del secondo principio della termodinamica con il riconoscimento dell'esistenza di «un ordine che deriva dal non equilibrio», un «ordine mediante fluttuazioni» che è insieme distruzione e ricostruzione.

Ebbene Benvenuti sosteneva che proprio «lo studio dell'ambiente fa pensare alla distruzione di un equilibrio interno per dare origine ad un processo di autorganizzazione giuridica, che non dipende più dai dati interni al sistema, ma che deriva dai dati ad esso esterni, ossia dai dati

* Lo scritto trae origine dalla relazione presentata al Convegno di studi su "*Il giudice di fronte alla crisi ambientale e climatica*" svoltosi a Verona il 27 novembre 2024.

[1] F. Benvenuti, *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, in *Archivio giuridico*, 1982, 255, ora in *Scritti giuridici*, Milano, *Vita e Pensiero*, vol. IV, 3733 ss.

spontanei, come quelli che, nella specie, mette in luce il rapporto di ogni individuo con l'ambiente, ossia con un valore immateriale»[2].

Si tratta di affermazioni che mi paiono oggi più attuali di quando furono pronunciate e che nell'attuale temperie possono anzi essere meglio comprese nella loro portata in certo senso profetica[3].

Del resto, il diritto ambientale è stato notoriamente qualificato come un "diritto precursore" o "diritto sonda" in ragione della sua capacità anticipatrice, quale incubatore di soluzioni destinate a futura diffusività nel diritto amministrativo *tout court*[4], oltre che come un «diritto pragmatico»[5].

Tuttavia, non è solo il diritto ambientale sostanziale ad essere chiamato in causa da questo processo di "autorganizzazione giuridica", da questo nuovo ordine intriso di distruzione e ricostruzione; nell'embricazione che, nel *milieu* pubblicistico, congiunge dimensione sostanziale e dimensione della tutela, sostanza e processo, la palingenesi evocata non poteva che investire anche il sindacato giurisdizionale.

Si è ultimamente osservato che la recente proliferazione del contenzioso relativo a tale ambito costituirebbe chiara espressione di come il processo «non galleggi più, alto, al di sopra della società, ma vi si mescoli perennemente, tendendo a registrare le istanze che dal basso si originano, circolano, reclamano accoglimento a livello ufficiale»[6]. Sono espressioni di Paolo Grossi, simmetriche all'evocazione, secondo una altrettanto effica-

[2] *Ivi*, 3735-3736.

[3] Parlano più recentemente di una «*legally disruptive nature*» a proposito del *climate change* E. Fisher, E. Scotford, E. Barrit, *The legally disruptive nature of climate change*, in *The Modern Law Review*, 80(2), 2017, 173 ss.

[4] Così R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. De Carolis – E. Ferrari – A. Police, Milano, 2006, 344. Cfr., inoltre, F. Spantigati, *Le categorie necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, 236; F. de Leonardis, *Le organizzazioni ambientali come paradigma delle strutture a rete*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1, 273.

[5] J. Morand-Deviller, *Il giusto e l'utile nel diritto dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. Ferrara, M.A. Sandulli, I, Milano, Giuffrè, 2014, 3 ss. Più recentemente, la medesima Autrice osserva che «[a] causa della sua capacità d'innovazione, il diritto ambientale è una benedizione per i giuristi, che, oltre allo sforzo, che è loro familiare, di essere rigorosi, logici e coerenti, affrontano la necessità di prevedere, anticipare e immaginare per rispondere a problemi e a sfide considerevoli» (*Atti del convegno "Il giudice amministrativo fra cambiamento climatico e transizione ecologica"* – 11 giugno 2021 – in *GiustAmm.it*, n. 6/2021).

[6] P. Grossi, *Il diritto nella storia dell'unità d'Italia*, Napoli, 2012, 57, citato da E. Gabellini, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe,* in *JUS-ONLINE*, n. 2/2024, 210.

ce, ripetuta immagine dello storico, di un diritto che non "galleggi" sulla società, posto che, nell'appassionata visione del Maestro, «[l]a fisiologia del giuridico è di essere intimamente compenetrata con la fisiologia della società, ovverosia è al centro della φύσις di questa, strutturalmente partecipe di questa»[7].

Una possibile metamorfosi della struttura giuridica tradizionale; un processo che non galleggi al di sopra della società: sono queste premesse il *background* nel quale si collocano queste riflessioni.

In esse si fa olisticamente riferimento al sindacato giurisdizionale sulla crisi ambientale-climatica.

Tuttavia, occorre *in limine* dar conto di alcune questioni di ordine terminologico, tanto più che la dottrina evidenzia, come sovente avviene, delle significative oscillazioni in tema.

Non è mancato infatti chi, nell'alveo della dicotomia tra *justice* e *litigation*[8], ha distinto tra «giustizia» ("ambientale", "climatica" ed "ecologica") – figlie di elaborazioni dottrinali – e «contenzioso» ("ambientale", "climatico" ed "ecologico") – come riflesso delle dinamiche reali del solo formante giurisprudenziale[9].

In particolare, la "giustizia ambientale" diverrebbe «sinonimo di "giustizia sociale" nell'uso dei luoghi e nell'esercizio dei propri diritti, rispetto a processi umani di impatto ambientale» e dunque di conflitto di "localizzazione" (sarebbero riconducibili a tale figurazione «lo stesso diritto ambientale delle "valutazioni di impatto" e dell'accesso alla giustizia» – cfr. la Convezione di Aarhus del 1998)[10].

Viceversa «la "giustizia ecologica" guarderebbe, in base a metodi economici, alle asimmetrie che i processi produttivi globali di merci manten-

[7] P. Grossi, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità,* in *Quaderni fiorentini,* XXIX, 2000, 222.

[8] Cfr. in proposito S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2021, 597 ss.

[9] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1346.

[10] *Ivi*, 1346-1347.

gono […]», aprendo la strada, in una prospettiva globale e non localizzata, a un dialogo tra economia ed ecologia[11].

Infine, la "giustizia climatica" – che affiora anche nel Preambolo dell'accordo di Parigi del 2005 (ma si è coniato anche il termine "giustizia atmosferica"[12]) – farebbe emergere i problemi che si pongono a livello interstatuale sul fronte della imputazione "differenziata" delle responsabilità dei singoli Stati e su quello della condivisione, fra Stati, delle soluzioni (quali ad es. il *Carbon Budget*, ossia la quota di emissioni di gas climalteranti a disposizione di ciascun paese)[13].

Queste distinzioni di rifletterebbero poi sul piano del contenzioso, a proposito del quale la figura del "contenzioso climatico", oggetto principale di queste riflessioni, appare viceversa affetta da una certa genericità[14], venendo talora riferita a qualsiasi contenzioso che, direttamente o indirettamente, si riferisca agli impatti dei cambiamenti climatici in determinati luoghi, smarrendosi così la specificità veicolata dall'aggettivo "climatico",

---

[11] *Ivi*, 1348.

[12] S. Vanderheiden, *Atmospheric Justice. A Political Theory of Climate Change*, Oxford, 2008. Sulla *Atmospheric Trust Litigation* cfr. M. Rosso Grossman, *Climate Change and the Individual in the United States*, in *The American Journal of Comparative Law*, Issue suppl_1, 2018, 345 ss.; M. C. Wood & C. W. Woodward IV*, Atmospheric Trust Litigation and the Constitutional Right to a Healthy Climate System: Judicial Recognition at Last*, in 6 *Wash. J. Envtl. L. & Pol'y*, 2016, 633 ss.

[13] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali*, cit. 1349 ss.

[14] Talché si è arrivati a sostenere che «*[t]here are as many understandings of what counts as "climate change litigation" as there are authors writing about the phenomenon*» (così J. Setzer e L.C. Vanhala, *Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance*, in 3 *Wiley Interdisciplinary Reviews Climate Change*, 2019, 3). Per un recente tentativo di messa a fuoco del concetto e delle sue variabili cfr. A. Pisanò, *Elementi per una definizione dei contenziosi climatici propriamente strategici, movendo dal Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, in *Pol. Dir.*, n. 1/2024, 3 ss., il quale si rifà anche (ivi, 17-18) alla tassonomia proposta da J. Peel, H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Cleaner Energy,* Cambridge, 2015, 4. In ordine alle possibili definizioni della *climate litigation* cfr. inoltre A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022, specie 185 ss.; G. Puleio, *Il contenzioso climatico come strategic litigation nella lotta alla crisi climatica*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2024, 1 ss. Per una visione d'insieme della complessità del fenomeno, cfr., da ultimo, *Reports & Essays on Climate Change Litigation*, a cura di E. D'Alessandro, D. Castagno, (Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino), Torino, 2024, disponibile al link *https://iris.unito.it/handle/2318/1956352*; in chiave comparatistica cfr. B. Pozzo, *La climate change litigation in una prospettiva comparatistica*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 2/2021, pp. 271 ss.

sicché il clima assurgerebbe a semplice «"argomento" di rafforzamento della pretesa giudiziale»[15] (evocato, per così dire, *ad colorandum*).

2. *Il contenzioso climatico: caratteri generali*

Tale contenzioso vede come *parti* anzitutto espressioni della società civile (individui e associazioni) contrapposte alle istituzioni pubbliche (c.d. *suits against governments*), con un aspetto peculiare offerto dalla cd. *youth-led climate litigation*, ossia da iniziative giudiziali guidate da gruppi di giovani[16]; oppure ha come parti anche solo soggetti pubblici di livello territoriale diverso, come nella vicenda che ha visto il comune di Grande-Synthe, comune costiero nel Nord della Francia minacciato dal possibile innalzamento del livello del mare, ricorrere al giudice amministrativo[17]; vede

[15] Così M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali*, cit., 1357. A ben vedere peraltro anche la definizione di "*environmental dispute*" risulta alquanto incerta, come conferma un recente studio in materia (J. Bendel, *Litigating the Environment. Process and Procedure Before International Courts and Tribunals*, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2023, specie 3 ss.).

[16] In tema cfr. L. Gradoni, M. Mantovani, *Youth-Led Climate Change Litigation: Crossing the North-South Divide*, in *WCL*, 2023, 274 ss., specie 282-285, richiamato da L. Serafinelli, *Il dialogo tra responsabilità civile e diritti fondamentali per l'affermazione di una giustizia climatica intragenerazionale in ottica intersezionale. Dalla* youth-led climate litigation *alle esigenze delle nuove classi subalterne climatiche*, in *Pol. Dir.*, n. 1/2024, 29 ss. Cfr. inoltre A. Pisanò, *Elementi per una definizione*, cit., 23-24, ove si fa riferimento a una *youth-focused rights-based climate litigation*, intesa come «una sorta di processo di "specificazione" del contenzioso climatico» che permette ai più giovani di «lasciare i bordi di periferia del processo politico-decisionale maggioritario, per andare via a cercare soluzioni che consentano di superare l'atavica mancanza di influenza politica che li attanaglia», allo scopo di superare «l'atteggiamento da pavido *cunctator* che va assumendo il decisore politico-maggioritario», nonché Id., *L'impatto dei contenziosi sulla crisi climatica. Il paradosso delle sentenze vuote,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2024, 107, ove la qualificazione di tali soggetti come «*voiceless*», con richiamo a R.S. Abate, *Climate Change and the Voiceless,* Cambridge University Press, 2019. Cfr. inoltre S. Jodoin, M. Wewerinke-Singh, L. Parker, J. Mestre, *When the kids put climate change on trial: youth-focused rights-based climate litigation around the world*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 2022, 64 ss.; E. Donger, *Children and Youth in Strategic Climate Litigation: Advancing Rights through Legal Argument and Legal Mobilization*, in *Transnational Environmental Law*, 2, 2022, 269-270.

[17] Vicenda richiamata da A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 232-233 che fa riferimento alla sentenza 1° luglio 2021 del *Conseil d'État*, la quale segue una precedente pronuncia del 19 novembre 2020. Come osserva C. Eckes,

infine società civile o soggetti pubblici ricorrere avverso enti privati[18], segnatamente le multinazionali (le cd. *Carbon Majors*), in relazione alla loro attività imprenditoriale, o, secondo sviluppi emergenti, contro istituti di credito al fine di far cessare investimenti in imprese fortemente inquinanti[19].

Quanto al *petitum*, tale contenzioso vede contrapposte «domande volte ad ottenere la condanna al risarcimento del danno, patrimoniale e non, in forma generica, a quelle in cui si chiede la condanna alla riduzione delle emissioni», ovvero *routine cases* e *strategic cases*[20]. Si dispiega inoltre talora in

Tackling the Climate Crisis with Counter-Majoritarian instruments: Judges between Political Paralysis, Science, and International law, in *European Papers. European Forum,* n. 3/2021, 1312, questo significativo caso evidenzia «*a (growing) polarization of views within public governance structures that leads to internal political conflicts which cannot be resolved in the political arena*». Su tale vicenda cfr. inoltre J.-M. Dubois-Verdier, *Il giudice amministrativo fra cambiamento climatico e transizione ecologica: la prospettiva francese*, in *Atti del convegno "Il giudice amministrativo fra cambiamento climatico e transizione ecologica"*, cit, nonché C. V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata sulla pronuncia di inammissibilità per difetto assoluto di giurisdizione nel primo caso di Climate Change Litigation in Italia*, pubblicato il 29 aprile 2024 su *giustiziainsieme.it* e il 17 maggio 2024 su *lexambiente.it*, il quale richiama altresì *Conseil d'État*, *Commune de Grande-Synthe*, 10 maggio 2023, n. 467982, nella quale, in sede esecutiva, l'ordine all'amministrazione statale di intraprendere tutte le misure necessarie per assicurare il raggiungimento degli obiettivi di riduzione delle immissioni «è stato ribadito, ma senza che a questo venisse aggiunta una *astreinte* (cioè, una misura coercitiva)». La vicenda ha poi avuto un seguito davanti alla Corte EDU, alla quale il sindaco di Grande-Synthe, Damien Carême, si è rivolto avendo visto accolto dal *Conseil d'État* il ricorso da lui fatto come sindaco e non quello presentato a proprio nome (cfr. *infra*, in nota n. 42).

[18] Per quanto riguarda il contenzioso climatico tra gli Stati (la cd. *inter-state climate change litigation*) va precisato che al momento costituisce «una prospettiva verosimile, ma non ancora realizzatasi», dal momento che «è solo stata paventata da alcuni piccoli Stati insulari del Pacifico che rischiano di scomparire a causa dell'innalzamento del livello del mare» (così G. Ghinelli, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4/2021, 1278).

[19] Cfr. C. V. Giabardo, *Qualche annotazione*, cit., il quale precisa che «[p]er quanto riguarda il contenzioso climatico "bancario" – che ha caratteristiche sue proprie, seppur accostabili – si segnalano, in Europa, la controversia contro la Banca Nazionale del Belgio (dichiarata inammissibile) e quella contro BNP Paribas (pendente a Parigi), ed è già stata comunicata l'intenzione di agire contro ING (in Olanda)».

[20] G. Ghinelli, *Le condizioni*, cit., 1279, con richiamo a C. V. Giabardo, *Climate change litigation and tort law. Regulation through litigation?*, in *Dir. e proc.*, 2019, 363 e bibliografia ivi citata; secondo tale ultimo Autore gli *strategic* (o *tactical*) *cases* in particolare «*do not aim to be successful in the first place; their purpose is to foster debate, or to purport a different and radical interpretation of the existing legal materials. Their scope is to extend their effect well beyond the court-*

sede civile, come nel caso *Urgenda*[21], talaltra in quella amministrativa, come

room and to influence larger state policy and public decisions more generally».

[21] Corte distrettuale de L'Aia (*Rechtbank Den Haag*), *Urgenda v State of the Netherlands*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, 24 Giugno 2015; Corte d'appello de L'Aia (*Gerechtshof Den Haag*), *Urgenda v State of the Netherlands*, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, 8 Ottobre 2018; Corte Suprema olandese, HOGE RAAD, 20.12.2019, 19/00135. Su tale vicenda nei suoi vari stadi cfr.: T. Scovazzi, *La Corte condanna lo Stato a ridurre le emissioni di gas a effetto serra*, in *Riv. giur. amb.*, 2015, 305 ss.; Id., *L'interpretazione e l'applicazione "ambientalista" della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso "Urgenda"*, *ivi*, n. 3/2019, 619 ss.; Id., *La decisione finale sul caso Urgenda*, ivi, n. 2/2020, 419 ss.; J. Lin, *The First Successful Climate Negligence Case: A Comment on Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, in 5 *Climate Law*, 2015, 65 ss.; J. Van Zeben, *Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will* Urgenda *Turn the Tide?*, in *Transnational Environmental Law*, 4 (2), 2015, 339 ss.; K. De Graaf – J. Jans, *The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 27 (3), 2015, 517 ss.; R. Cox, *A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation c. the State of the Netherlands*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 34 (2), 2016, 143 ss.; E. Corcione, *Diritti umani, cambiamento climatico e definizione giudiziale dello standard di condotta*, in *Dir. um. e dir. int.,* n. 1/2019, 197 ss.; V. Jacometti, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2019, 121 ss.; I. Leijten, *Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 37(2), 2019, 112 ss.; F. Passarini, *CEDU e cambiamento climatico, nella decisione della Corte suprema dei paesi bassi nel caso* Urgenda, in *Diritti umani e diritti internazionali*, n. 3/2020, 777 ss.; S. Dominelli, *Sui limiti – giurisdizionalmente imposti – all'emissione di gas serra: i giudici olandesi diventano i 'front-runners' nella lotta ai cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. amb.*, n. 4/2020, 749 ss.; C.W. Bakes, G.A. Van Der Veen, *Urgenda: the Final Judgment of the Dutch Supreme Court*, in *17 Journal for European Environmental & Planning Law*, n. 3/2020, 307 ss.; E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *federalismi.it*, n. 17/2021, 66 ss.; C. Eckes, *The* Urgenda *case is separation of powers at work*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Pape*r No. 2021-39; M. Wewerinke-Singh, A. McCoach, *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: Distilling best practice and lessons learnt for future rights-based climate litigation*, in *Review of European, Comparative & International Enviromental Law,* n. 2/2021; G. Ghinelli, *Le condizioni*, cit., 1273 ss.; F. Franceschelli, *L'evoluzione della* climate litigation *relativa alla violazione dei diritti umani*, in *I diritti dell'uomo*, n. 1/2021, 37 ss.; D. Porena, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, 186 ss.; C. Ramotti, *La tutela dell'ambiente e delle generazioni future: il caso Urgenda*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2024, 749 ss.

nel caso francese "*Affaire du Siécle*"[22] o ancora in sede costituzionale[23], come nel caso tedesco *Neubauer* relativo alla legge federale sulla protezione del clima (*Bundes-Klimaschutzgesetz* del 12 dicembre 2019)[24] e ancora ha

[22] Tribunal Administratif de Paris, 3 febbraio 2021, N°1904967, 1904968, 1904972, 1904976 e Tribunal Administratif de Paris, 14 ottobre 2021, N°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1. Su tale caso cfr. L. Del Corona, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal Administratif de Paris sull'"Affaire du siècle",* in *La rivista "Gruppo Pisa"*, n. 1/2021, 327 ss.; R. Mazza, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste a partire dall'"affaire du siècle" francese*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, n. 2/2021, 121 ss.; M. Poto, *Salvare la nostra casa comune è l'"affaire du siècle"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3/2021, 1047 ss.; P. Pinto, *Una via giudiziaria all'ecologia? Riflessioni sull'"Affaire du siècle" francese*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, n. 3/2021, 295 ss.; Y. Guerra e R. Mazza, Climate change litigation: *riflessioni comparate alla luce dell'*affaire du siècle, in *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*. Atti del Convegno SIRD, Milano, 22 aprile 2022, a cura di S. Lanni, Torino, 2022, 3; S. Schmitt, *L'emersione della giustizia climatica in Francia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2021, pp. 955 ss.; C. Cournil, A. Le Dylio, P. Mougeolle, « *L'affaire du Siècle* » *entre continuité et innovations juridiques*, in *AJDA*, 2019, 1864; C. Cournil, A. Le Dylio, P. Mougeolle, *L'affaire du Siècle: French Climate Litigation between Continuity and Legal Innovations*, in *Carbon & Climate Law Review*, n. 1/2020, 40 ss.; C. Cournil – M. Fleury, *De* « *l'Affaire du siècle* » *au* « *casse du siècle* »*? Quand le climat pénètre avec fracas le droit de la responsabilité administrative*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2021.

[23] Per questi rilievi cfr. già G. Vivoli, *L'insostenibile leggerezza degli obiettivi climatici: come gli impegni assunti dagli Stati vengono presi sul serio dai giudici*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 1/2022, 3.

[24] Bundesverfassungsgericht, *Neubauer, et al. v. Germany*. Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 – – 1 BvR 78/20 – 1 BvR 96/20 – 1 BvR 288/20. Su tale sentenza cfr. nella dottrina straniera: J. Bäumler, *Sustainable Development Made Justiciable: The German Constitutional Court's climate ruling on intra- and inter-generational equity*, in *EJIL: TALK*!, 8 giugno 2021; J. Mührel, *All that Glitters Is Not Gold*: *The German Constitutional Court's Climate Ruling and the Protection of Persons Beyond German Territory Against Climate Change Impacts*, in *Völkerrechtsblog*, 3 maggio 2021; L.J. Kotzé, *Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?*, in *German Law Journal*, 22(8), 2021, 1423 ss.; M. Goldmann, *Judges for Future: The Climate Action Judgment as a Postcolonial Turn in Constitutional Law?*, in *VerfBlog*, 30 aprile 2021; C. Eckes, *Separation of Powers in Climate Cases: Comparing cases in Germany and the Netherlands*, in *VerfBlog*, 10 maggio 2021; J. Jahn, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali?* Commento alla sentenza sul clima del *BVerfG*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, 47 ss. (traduzione italiana dello scritto *Internationaler Klimaschutz mithilfe nationaler Verfassungsgerichte. Erkenntnisse aus dem Klimabeschluss des BVerfG*, comparso sul numero di aprile 2022 della rivista *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 47 ss.). Nella dottrina italiana cfr.: R. Bifulco, *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2/2021, 421 ss.; Id., *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla*

determinato decisioni su «processi a struttura tipicamente impugnatoria di

responsabilità intergenerazionale, pubblicato il 28 maggio 2021 in *LuissOpen*; R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *laCostituzione.info*, 30 aprile 2021; M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, ivi, 3 maggio 2021; M. Pignataro, *Il giudice costituzionale tedesco parla al futuro. La protezione del clima e la sua dimensione internazionale come limite alla discrezionalità legislativa*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, 694 ss.; Id., *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021; L. Violini, G. Formici *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppo, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, a cura di P. Pantalone, Modena, 2021, in particolare 42 ss. e in *Il diritto dell'economia*, Atti di convegno, Università degli studi di Milano, 2021, pp. 32 ss.; A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 261 ss.; R. Montaldo, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 marzo 2021)*, in *Diritti Comparati*, 1[0] luglio 2021; L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 4/2021, in particolare 222 ss.; G. Giorgini Pignatiello, *Costituzione ecologica e giustizia climatica. Germania e Italia nel prisma del costituzionalismo ambientale globale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2022, 945 ss.; L.M. Tonelli, *La sentenza del 24 marzo 2021 del Bundesverfassungsgericht sul cambiamento climatico e la riforma dell'art. 9 Cost. in Italia: profili di convergenza tra l'ordinamento costituzionale tedesco e quello italiano*, in *diritti-cedu.unipg.it*, 13 dicembre 2022; A. D'Aloia, *La Costituzione e il dovere di pensare al futuro*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, 5; F.G. Menga, *Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, ivi, n. 2/2022, 91-92, che legge la sentenza nel contesto di «un processo di vera e propria trasformazione delle consolidate prerogative presentistiche dell'unità collettiva»; A. Di Martino, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del* Bundesverfassungsgericht *nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2/2023, 56 ss.; M.F. Cavalcanti, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, 339-340; S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie*, cit., 622-623; F. Gallarati, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale alla prova del contenzioso climatico*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2023, 173-175; E. Buono, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene*, in *DPCE online*, SP-2/2023, 476-477; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *federalismi.it*, n. 1/2023, specie 94 ss.; G. Grasso, *Respectfully, I dissent. Prime note su* West Virginia *et al.* v. Environmental Protection Agency *et al.*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2022, 445 ss., specie 459, ove al *Bundesverfassungericht* viene assegnato, nella fattispecie, il ruolo di «decisore ultimo della politica climatica dello Stato tedesco», esito che l'Autore riscontra anche in una recente pronuncia della Corte Suprema statunitense sempre in àmbito di cambiamento climatico e relativa ai poteri esercitati dall'*Environmental Protection Agency – EPA* (*Supreme Court of the United States*, *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, no. 20-530, 597 US_(2022), June 30, 2022).

leggi o atti amministrativi» e decisioni «sul lamentato inadempimento della cosiddetta obbligazione "climatica"»[25].

In verità ampia dottrina, assecondando la tesi di una «"emancipazione" della questione climatica dalla questione ambientale»[26], ha enucleato, nel contesto della più generale e onnicomprensiva "*environmental justice*"[27], i tratti differenziali della "*climate justice*"[28], mettendo in luce un dato di palmare evidenza, anche se forse talora obliterato: mentre un elemento tipico dell'ambiente, come appena ricordato, è la sua localizzazione, l'essere associato a un contesto territoriale fisico e specifico, determinato e circoscritto, viceversa il clima (che, s'è detto, non è affatto un «oggetto di utilizzo», non è «una cosa o un *Good* nel significato della semantica giuridica di *Civil* e *Common Law*») ha come variabile determinante non «lo spazio (come "cosa"), in cui si immette l'azione umana, ma la proiezione temporale comprensiva dell'immissione»[29]. O, ancora e nella sostanza

[25] Così M. Magri, *Lineamenti dell'amministrazione pubblica del clima*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2024, 325.

[26] M. Magri, *Il 2021 è stato l'anno della "giustizia climatica"?*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 4/2021, 4. Sulle differenze tra questioni ambientali e questioni climatiche cfr. S. Nespor, *Ambiente e clima: una proposta*, in *RGAOnline*, n. 25/2021, 1 ss., secondo il quale oggi molti pensano che sia il diritto dell'ambiente ad essere divenuto addirittura una delle componenti del diritto del cambiamento climatico (p. 4); O. Woolley, *Climate Law and Environmental Law: Is Conflict Between them Inevitable?*, in B. Mayer, & A. Zahar (*eds.*), *Debating Climate Law*, Cambridge, 2021, 398 ss.; M. Carducci, *Climate Change and Legal Theory*, in G. Pellegrino, M. Di Paola (*eds.*), *Handbook of Philosophy of Climate Change*, Cham, 2023, 307 ss.

[27] Su cui cfr. G. Walker, *Environmental Justice. Concepts, Evidence and Politics*, London, 2012.

[28] Lo riconosce anche la Corte EDU caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*, laddove osserva (par. 422) che «*it would be neither adequate nor appropriate to follow an approach consisting in directly transposing the existing environmental case-law to the context of climate change*» e che è necessario un approccio «*which both acknowledges and takes into account the particularities of climate change*», come ricorda P. Pustorino, *Sviluppi giurisprudenziali in materia di diritti umani e cambiamento climatico*, in *Giur. It.*, n. 8-9/2024, 1923-1924.

[29] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali*, cit. 1367. Del medesimo Autore cfr. altresì la voce *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl. VIII Aggiornamento*, Torino, 2021, specie 2-3, ove si afferma che «il clima è un presupposto condizionante il diritto, piuttosto che un suo oggetto: regola le relazioni viventi, invece di essere da esse regolato. In tal senso, è una fonte fatto». La prospettiva del "clima-cosa" si ritrova peraltro in uno degli argomenti formulati dagli attori nella causa "Giudizio Universale", ove si sostiene la responsabilità dello Stato anche a titolo di responsabilità del custode per le "cose" che ha in custodia, *ex* art. 2051 c.c. («*Ciascuno è responsabile del danno cagionato*

in modo simile, il clima viene considerato – secondo l'espressione del filosofo Timothy Morton – come un *iper-oggetto*[30], vale a dire come «un oggetto così ampiamente distribuito nel tempo e nello spazio, da trascendere appunto qualsiasi nozione di localizzazione»[31] – circostanza alla quale verosimilmente si legano non pochi dei profili problematici nei quali si imbatte anche il relativo contenzioso[32]. E così si ipotizza che la classica "tragedia dei beni comuni", dei *Global* o *New Commons* ai quali si vorrebbe ascrivere anche il clima, si converta piuttosto in una "tragedia dell'orizzonte" temporale[33], come privazione di benefici per le presenti e future

dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito»), esempio, nel nostro ordinamento, di responsabilità oggettiva, come ricorda C. V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata*, cit.; nel paragrafo VI.15 dell'atto di citazione si afferma infatti che «lo Stato italiano riveste lo *status* che ne radica la responsabilità quale custode della cosa ex art. 2051 c.c. Infatti, […] esso è titolare delle competenze funzionali per controllare ed eliminare qualsiasi aumento di emissioni e influire su tutte le condotte umane all'interno del proprio territorio, quindi nel contesto climatico italiano», sicché, come sintetizza A. Molfetta, *La sentenza Giudizio Universale in Italia: un'occasione mancata di "fare giustizia" climatica*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, n. 5/2024, 198, essendo l'Italia «venuta meno al "dovere di consegna" del sistema climatico alle generazioni future, si sarebbe sottratta agli obblighi di custodia posti in capo allo Stato dalla stessa UNFCCC».

[30] T. Morton, *Iperoggetti. Filosofia ed ecologia dopo la fine del mondo*, Roma, 2018.

[31] Così M. Macrì nell'*Introduzione* del recente volume *Emergenza climatica e funzione amministrativa*, Torino, 2024, 7. Anche secondo S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica*, cit., 598-599 (che si richiamano pure a M. Carducci, *Cambiamento climatico*, cit., 53) è la dimensione spazio-temporale del clima che «ne impedisce la riduzione e che trascende pure la localizzazione, un elemento tipico dell'ambiente» e secondo A. Pisanò, *L'impatto dei contenziosi,* cit., 102, la questione climatica «ruota intorno al rischio di danno climatico la cui causa e i cui effetti non sono spazialmente, causalmente e temporalmente localizzabili».

[32] Anche F. Vanetti nel commento alla sentenza nella causa "Giudizio Universale" *I cambiamenti climatici tra cause civili, scelte politiche e giurisdizione amministrativa*, in *RGA online*, n. 52/2024, rileva come sia proprio la globalità del problema che supera la territorialità del singolo Stato a rendere «inadeguati i rimedi giudiziari ordinari anche laddove applicati in modo innovativo per superare eccezioni processuali».

[33] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali*, cit., 1368, con richiamo a M. Carney, *Breaking the Tragedy of the Horizon. Climate Change and Financial Stability*, Speech at Lloyd's of London, London, 29 September 2015 (*www.bis.org/review/r151009a.pdf*).

generazioni e nella quale appunto il tempo e non lo spazio, i beni, le cose costituirebbe la variabile determinante.

3. *Le differenti prospettive di tutela nel contenzioso climatico*

Richiamate queste opportune distinzioni, si è tuttavia consapevoli del rischio di smarrire la bussola in una selva di disquisizioni nominalistiche, perdendo di vista il profilo essenziale costituito dal determinante ruolo propulsivo e suppletivo/surrogatorio – con le sue luci e i suoi eventuali lati oscuri – che il formante giurisprudenziale (anche attraverso la tecnica definita dell'interpretazione "intercostituzionale", ossia dell'interpretazione derivante dal dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali[34]) è venuto assumendo *in subiecta materia*[35].

In questo contenzioso si intersecano a ben vedere prospettive di tutela differenziate: quella dei diritti individuali, quella dei diritti della natura, quella dei diritti delle generazioni future, quella dei doveri e delle responsabilità.

Anzitutto la prospettiva della tutela dei *diritti umani* e/o *fondamentali*[36] (un linguaggio normativo che è stato definito come «la "briscola" di

[34] F. Sicuro, *The inter-constitutional right-duty to a stable climate. Scientific evidence and constitutional problems at stake*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 1/2024. Cfr. altresì G. Pane, *Pro e contro dei rimedi domestici: prospettive di sinergia europea nel contenzioso climatico collettivo,* in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 390, ove si parla di «un "*common ground*" per la giurisprudenza delle Corti in Europa»; sottolinea altresì «un "dialogo transnazionale tra corti", la presenza di una *community of courts* – quanto meno *European* – su molti temi comuni, tra questi sicuramente quello del cambiamento climatico» C. V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata*, cit. In questa prospettiva cfr. altresì J. Jahn, *Rafforzare la tutela dell'ambiente*, cit., il quale, commentando la sentenza Neubauer sul clima del *BVerfG*, colloca la decisione nel contesto di «una "*public relations law*", che si occupa della protezione degli interessi pubblici internazionali davanti ai tribunali nazionali» (ivi, 68, con richiamo a Curtis A. Bradley, *What is Foreign Relations Law for*, in Id. [*ed.*], *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford, 2019, 1 ss.).

[35] Cfr. in tema B.J. Preston, *The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 28(1), 2016, 11 ss.

[36] Cfr. in proposito M. Montini, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 506 ss.; S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica*, cit.; I. Trujillo Perez, *Vulnerability, Human Rights and Climate Change*, in *Human Rights and the Environment. Legal, Economic and Ethical Perspectives*, a cura di N. Gullo, Napoli, 2021, 459 ss.; E. Proietti, *Contenzioso climatico e diritti umani: nuove idee per i giuristi*

Dworkin»[37]): la vita, la vita privata e familiare, la salute *sub specie* di un diritto umano ad un ambiente salubre[38], la dignità, o ancora l'accesso all'acqua, lo *standing of life*, il diritto a cibo adeguato e ad adeguata abitazione, il diritto di proprietà[39], ma anche un incipiente – ipotizzato, ma non incontroverso – "diritto al clima" (o "*right to a stable climate*" o "*right to climate stability*")[40], al quale viene poi collegato, come nell'impostazione

del futuro, *in OIDU – Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 5/2023, 1109 ss.

[37] Secondo A. Pisanò, *Elementi per una definizione*, cit., 7, «il ricorso al linguaggio normativo dei diritti da parte di coloro i quali si rivolgono al canale politico-giudiziario, attraverso il contenzioso strategico, appare come la "briscola" di Dworkin» (il richiamo è a R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, XI, 91 e 199). L'autore propone peraltro (Id., *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 16.) di mantenere distinti a livello concettuale i "diritti fondamentali" – «quelli riconosciuti a livello domestico-statale» – dai "diritti umani" – «riconosciuti (promossi) e protetti a livello sovrastatale (regionale e/o internazionale)» – pur riconoscendo che trattasi di distinzione che «va mantenuta sul piano teorico-giuridico anche se, sul piano pratico, può essere molto labile […]». Nelle conclusioni del lavoro si enfatizza come l'argomento dei diritti determinerebbe una vera e propria "rivoluzione copernicana" nel contrasto al cambiamento climatico «perché il punto di vista cambierebbe, passando da quello dei "rappresentanti", a quello dei "rappresentati", potremmo anche dire dallo "Stato" alla "società", in un processo che per molti versi può apparire "democratizzante"» (301): il richiamo qui è a T. Greco, *Paolo Grossi, teorico del diritto orizzontale*, in *Riv. fil. dir.*, n. 1/2016, 49, il che ci riconduce ai rilievi esposti in apertura di questo contributo. In questa prospettiva si potrebbe altresì azzardare che il contenzioso climatico, mediante questo coinvolgimento della realtà sociale, dia spazio a una "cittadinanza attiva" nel solco di quel principio della sussidiarietà cd. "orizzontale", o, forse preferibilmente, "sociale", consacrato dall'attuale quarto comma dell'art. 118 Cost.

[38] Cfr. C. Angelini, *Aspetto relazionale nella giurisprudenza climatica*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 2/2023.

[39] S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2023, 143.

[40] Cfr. A. Pisanò, *Il diritto al clima. Una prima concettualizzazione*, in *L'Ircocervo*, n. 2/2021, 261 ss., nonché Id., *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 98, ove l'emergenza di tale diritto viene ricondotta a un «processo mitotico di generazione di (nuovi) diritti da diritti (già riconosciuti) legato alla loro dimensione dinamica e potenziale»; Id., *Il diritto al clima*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica. Aggiornamento*, sotto la direzione di E. Sgreccia e A. Tarantino, Napoli, ESI, 2022, 111 ss. Anche gli attori nella causa "Giudizio Universale" si appellano a un «diritto umano al clima stabile e sicuro, la cui titolarità è riconosciuta in capo a ogni essere umano in quanto ineludibile e necessario presupposto per il godimento di tutti gli altri diritti» (così riassume G. Puleio, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Persona e mercato*, n. 3/2021, 212, secondo la quale tuttavia «sembra che gli attori, nel delineare un diritto

delle parti attrici nella causa "Giudizio Universale", un «diritto a pretendere la non regressione del proprio sviluppo umano», singolare adattamento al contesto dell'emergenza climatica di un principio elaborato in materia ambientale[41].

Tale prospettiva pare aver trovato un recentissimo autorevole avallo nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulle "anziane per il clima" svizzere[42]: essa, sulla scia di quella che ha rappresentato la

fondamentale al clima stabile e sicuro, abbiano preferito le prospettazioni di chi ritiene che sia lo stesso clima a essere parte processuale nei conflitti ambientali, rappresentato dai soggetti collettivi» [213]). Cfr., inoltre, A. Savaresi, *Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries*, in *Climate Law*, n. 3/2019, 244 ss.; S. Baldin, *Towards the judicial recognition of the right to live in a stable climate system in the European legal space? Preliminary remarks*, in *DPCE Online*, n. 2/2020, 1419 ss.; I. Ferlito, *Anatomia di una rivoluzione. Giustizia climatica e metamorfosi del mondo*, in *Comparazione e Diritto civile*, n. 1/2021, 305 ss.; P. De Vilchez Moragues – A. Savaresi, *The Right to a Healthy Environment and Climate Litigation: A Game Changer?*, in *Yearbook of International Environmental Law,* 2023, 1 ss.; E. Guarna Assanti, *Interesse al clima e situazioni giuridiche soggettive*, *in Rivista di Diritti Comparati*, n. 2/2024, 301 ss. Tale impostazione sembra ora fatta propria da una recentissima ordinanza del Tribunale civile di Piacenza, in tema di abbattimento di alberi e diritto dei residenti alla mitigazione climatica contro le c.d. "isole di calore" (Ordinanza NRG 1439/2024, su cui cfr. L. Cardelli, *Una sentenza importante: il diritto al clima approda anche in Italia*, in *laCostituzione.info*, 15 ottobre 2024). La pronuncia accoglie un ricorso *ex* art. 700 c.p.c. in un procedimento cautelare d'urgenza volto a impedire l'abbattimento degli alberi di una piazza centrale della città di Piacenza, destinata a trasformarsi in autosilos: si tratterebbe pertanto della «prima decisione italiana che ragiona di diritti soggettivi fondamentali nei termini "climatici" della vivibilità e abitabilità locale», enucleando dal diritto fondamentale all'ambiente «il diritto a un clima (incluso il "microclima" urbano) vivibile e abitabile» e «"contestualizzato" nei luoghi della vita umana» (ivi), così da includere la salvaguardia della «*funzione di regolazione termica svolta dalle piante*»

[41] Secondo A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 280, infatti, si tratterebbe di «una sorta di adattamento, senza dubbio originale nel contesto dei contenziosi climatici europei, all'emergenza climatica del principio di non-regressione elaborato in materia ambientale, visto dalla prospettiva del singolo individuo […]». Sul punto cfr. altresì S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 142. Sul "principio di non regressione" cfr.: M. Monteduro, *Crucialità, criticità e complessità del dibattito sul principio di non regressione ambientale*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 2/2021, 4 ss. e bibliografia ivi richiamata, nonché l'intera Sezione I del fascicolo in questione dedicata a tale tema; S. Baldin, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 2/2022, 239 ss., specie 256 ss.; M. Pecchioli, *Preserving environmental safeguards in the anthropocene: non-regression among environmental law principles and its implications*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2024, 266 ss.

[42] Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 9 aprile 2024, ricorso n.

53600/20, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz* e altri c. Svizzera. Sulla vicenda cfr.: A. Osti, *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso* KlimaSeniorinnen c. Svizzera *avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (per non tacer degli altri)*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2023, 237 ss.; R. R. Severino, *Il caso* Verein KlimaSeniorinnen Schweiz *e altri c. Svizzera: l'emergenza climatica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Quali possibili conseguenze per il contenzioso climatico italiano?*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2024, 152 ss.; L. Serafinelli, *Dal caos all'ordine (e viceversa): l'impatto del trittico della Corte EDU sul contenzioso climatico europeo di diritto privato*, in *DPCE online*, n. 2/2024, 1493 ss.; V. Jacinto, *Tutela dei diritti e tutela del clima: la CEDU riconosce l'impatto del cambiamento climatico sui diritti fondamentali, ma la tutela è solo collettiva*, in *Cultura e diritti*, n. 1/2024, 131 ss.; E. Guarna Assanti, *Verein KlimaSeniorinnen and others v. Switzerland. Una conferma del ruolo fondamentale dei diritti umani per la tutela del clima*, in *Diritti Comparati*, 18 aprile 2024; G. Grasso, A. Stevanato, *Diritto di accesso al giudice, doveri di solidarietà climatica e principio di separazione dei poteri nella sentenza Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, *in Corti Supreme e Salute*, n. 2/2024, 571 ss.; G. Palombino, *Lo afferma (anche) la Corte europea dei diritti dell'uomo: la sfida climatica è questione di diritti*, in *laCostituzione.info*, 12 aprile 2024; F. Gallarati, *L'obbligazione climatica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza KlimaSeniorinnen e le sue ricadute comparate*, in *DPCE Online*, n. 2/2024, 1457 ss.; V. Da Ros*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Verein KlimaSeniorinnen Schewiz e altri v. Svizzera: la Corte condanna la Svizzera per non aver adottato misure sufficienti per contrastare il cambiamento climatico in violazione degli artt. 6 e 8 CEDU*, in *biodiritto.org*, 9 aprile 2024; A.M. Romito, *La completezza dei rimedi giurisdizionali nell'ordinamento dell'UE ed il contenzioso sul cambiamento climatico*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1/2024, 1 ss., in particolare 17 ss.; A.T. Cohen, *Carbon Budget e "lacuna critica" nella decisione CEDU "KlimaSeniorinnen"*, in *laCostituzione.info*, 12 aprile 2024; R. Pisillo Mazzeschi, *Diritti umani e cambiamento climatico: brevi note sulla sentenza KlimaSeniorinnen della Corte di Strasburgo,* in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2024, 383 ss.: A. G. Lana, *L'impatto della sentenza "Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c. Svizzera" sul futuro del contenzioso climatico nazionale*, in *Il Foro italiano*, nn. 7-8/2024, 4, 329 ss. Giova ricordare che, nella medesima data della decisione sul caso in questione, la Corte aveva rigettato altri due ricorsi, quello presentato (come anticipato *supra*, in nota n. 17) dal sindaco di Grande-Synthe Damien Carême e quello promosso da un gruppo di sei giovani portoghesi contro il Portogallo e altri 32 Stati (*Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others*); in argomento cfr. E. Buono, P. Viola, Climate Litigation Strategy*, alcuni apparenti insuccessi e il talento della Corte EDU: quando una dichiarazione di inammissibilità vale una pronuncia di accoglimento*, in *DPCE Online*, n. 2/2024, 1397 ss.; C. Sartoretti, *La* climate change litigation *"sbarca" a Strasburgo: brevi riflessioni a margine delle tre recenti sentenze della Corte EDU*, ivi, 1479 ss.; N. de Sadeleer, *Il contenzioso climatico innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: fra ortodossia e progressi giurisprudenziali*, in *www.rgaonline.it*, n. 57, ottobre 2024; A. Gallarini, *La CEDU sul Cambiamento climatico: l'inerzia o un contrasto non efficace da parte dei governi violano il diritto al rispetto della vita privata e familiare*, ivi, n. 54, giugno 2024; T. Scovazzi, *La Corte Europea dei Diritti Umani si pronuncia sul cambiamento climatico*, ivi; L. Acconciamessa, *Il contenzioso climatico davanti alla Corte europea dei diritti umani, tra aspettative, rischi e realtà*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2024, 369 ss.; G. Raimondi, *La*

pietra miliare[43] (si è parlato di "Santo Graal"[44]) della giustizia climatica, la sentenza sul caso *Urgenda* (contrazione di "*urgent agenda*"), dal diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex* art. 8 CEDU deduce «il basilare diritto di ogni singolo individuo "*a una protezione effettiva da parte delle autorità statali contro i gravi effetti negativi, causati dal cambiamento climatico, sulla loro vita, la salute, il benessere e la qualità della vita"*», nella prospettiva di uno Stato che garantisca «*rights that are practical and effective, not theoretical and illusory*»[45].

Lo *human rights based approach*[46] che caratterizza questo contenzioso climatico (peraltro curiosamente attivato solo in minima parte dinanzi a organismi internazionali e regionali per i diritti umani, sebbene faccia leva sui diritti sanciti dalle convenzioni internazionali sui diritti umani)[47] potrebbe forse essere bollato di "antropocentrismo".

Alla prospettiva dei diritti umani si affianca così quella – invero assai problematica, specie in ordine alla questione della legittimazione di cui

sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso "Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c. Svizzera". Una svolta nel contenzioso sul cambiamento climatico?, in *Il Foro italiano*, n. 6/2024, 4, 277 ss.). Dinanzi alla Corte pendono inoltre altri due casi che vedono l'Italia convenuta in giudizio: si tratta dei casi *Uricchio v. Italy and 32 other States* (ric. n. 14615/21) e *De Conto v. Italy and 32 other States* (ric. 14620/21) (cfr. L. Cardarelli, *L'Italia davanti alla Corte EDU per le emissioni di gas serra*, in *laCostituzione.info*, 3 settembre 2023).

[43] C.W. Backes, G. A. Van der Veen, *Urgenda: the Final Judgment of the Dutch Supreme Court*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2020, 308, definiscono infatti la sentenza come «*a milestone in public interest litigation*».

[44] C. V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata*, cit., che si richiama a K. Bower, *Lessons From a Distorted Metaphor: The Holy Grail of Climate Litigation*, in *Transnational Environmental Law*, n. 2/2020, 347 ss.

[45] Cfr. sul punto A. Lupo, *Verso la positivizzazione di un nuovo diritto umano al clima stabile e sicuro? Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte CEDU del 9 aprile 2024*, in *giustiziainsieme.it*, 5 giugno 2024.

[46] Sul ricorso strategico all'argomento dei diritti cfr. J. Peel, H.M. Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in *Transnational Environmental Law*, 7(1), 2018, 37 ss. Per una posizione fortemente critica rispetto a questo approccio cfr. da ultimo M. Magri, *Lineamenti*, cit. 321 ss., specie 331 ss., il quale, più in generale, osserva che nel contenzioso climatico «poco o nulla si dice della legislazione e dell'amministrazione, che, schiacciate sull'attivismo del giudiziario, si riducono a meri aspetti organizzativi dell'obbligo dello Stato di ottemperare ai giudicati "climatici", reali o ipotetici, che si pensano poter scaturire dall'esercizio dell'azione a tutela di diritti individuali» (326); già in precedenza peraltro l'Autore si era espresso in modo critico rispetto al proliferare della "giustizia climatica" in Id., *Il 2021 è stato l'anno della "giustizia climatica"?*, cit.

[47] Osserva ad es. A. Rocha, *Conclusions: Courts as Agents of Change*, in *Reports & Essays*, cit., 219, che «*[e]ven though the UNFCCC legal complex has a specific dispute settlement*

ci si occuperà tra poco – che enfatizza la tutela dei *diritti della natura*[48], laddove si autonomizzano i diritti di quest'ultima mediante conferimento alla stessa di soggettività giuridica nella forma dei diritti di integrità della Madre Terra o *Pachamama*[49] (come nella *Ley de Derechos de la Madre Tierra* della Bolivia del 21 dicembre 2010), o di diritti degli animali o dei fiumi etc.[50], con una sorta di «nuovo panteismo di natura»[51]: in sintonia con questa linea si può ricordare la pronuncia sul caso Erika della Corte d'Appello

system, it has never been used and it is unlikely that it will be used in the near future».

[48] In tema cfr. la densa voce di M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Dig. disc. pubbl. VII Aggiornamento*, Torino, 2017, 486 ss. In argomento si veda inoltre lo studio di J. Darpö, *Can nature get it right? A Study on Rights of Nature in the European Context*, commissionato dallo *European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs* su richiesta del *JURI Committee*, European Union, 2021.

[49] M. Carducci, *Il «Nuevo constitucionalismo» andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II, 2012, 319 ss.; R. Louvin, *Strategie e giustizia per il clima*, in S. Bagni (coord.), *Come governare l'ecosistema? Un approccio multidisciplinare,* Bologna, 2018, 115.

[50] Cfr. S. Dominelli*, Per un "'diritto degli animali" e "della natura" tra scetticismo ed adesione a modelli normativi antropocentrici: riflessioni di diritto internazionale (pubblico e privato),* in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2023, 5 ss.; R. Louvin*, L'attribuzione di personalità giuridica ai corpi idrici naturali*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3/2017, 623 ss. Non va dimenticato in proposito il citatissimo scritto di C D. Stone, *Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 45(2), 1972, 450 ss. e più recentemente, Id., *Should Trees Have Standing?: Law, Morality, and the Environment*, Oxford, 2010, come pure T. Regan, *The Case for Animal Rights*, Berkeley-Los Angeles, 1983 e G.L. Francione, *Introduction to Animal Rights: Your Child or the Dogs?*, Philadelphia, 2000, così come non si può ignorare che realtà naturali quali la foresta amazzonica o i fiumi Gange e Yamuna in India, e tutti i loro affluenti, sono stati riconosciuti da Corti colombiane e indiane come entità soggetti di diritto aventi titolo a una protezione legale (cfr. D. Castagno, *Claimants' Standing in Climate Disputes: Rules of Proceedings and "Political" Decisions*, in *Reports & Essays*, cit., 182), mentre, riguardo agli animali, una recentissima riforma costituzionale belga li ha espressamente qualificati come «*êtres sensible*» (cfr. G. Botto, *Gli animali "in quanto esseri senzienti": riflessioni intorno alla riforma costituzionale belga del 2024*, in *DPCE online*, n. 3/2024, 1613 ss.). In argomento cfr. altresì A. Acosta, E. Martínez, *Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible*, in *Come governare l'ecosistema?*, cit., 13 ss.; C. Piciocchi, *Diritti della natura e diritti degli animali*, in *DPCE Online*, Sp-2/ 2023, 251 ss.; F. Rescigno, *I diritti animali nella prospettiva contemporanea: l'antispecismo giuridico e la soggettività animale,* in *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*, Atti del XXV colloquio biennale Associazione Italiana di Diritto Comparato, Parma 23-25 maggio 2019, a cura di L. Scaffardi-V. Zeno-Zencovich, Roma, 2020.

[51] Così S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2021, 320.

di Parigi nel 2010 nella quale «il pregiudizio morale derivante dalla lesione riportata dall'integrità del patrimonio naturale è stato per la prima volta definito come "pregiudizio oggettivo, autonomo" e non unicamente in riferimento ad interessi puramente umani o economici»[52].

Incidentalmente, a proposito dell'antitesi antropocentrismo/ecocentrismo (o biocentrismo), si rileva che, ad avviso di chi scrive, essa rappresenta un letto di Procuste, una contrapposizione troppo rigida e manichea, bisognosa di un "*Aufhebung*", un superamento e una sintesi nel senso hegheliano[53], tanto più che le versioni più radicali dell'eco/biocentrismo appaiono non di rado venate da una *Weltanschauung* profondamente nichilista, con la riduzionistica percezione dell'essere umano come un parassita dell'ecosistema: una visione che francamente mal si concilia con quella matrice personalista che dell'umano esalta piuttosto il sinolo *dignità responsabilità* (come in fondo nelle recenti encicliche di Papa Francesco, *Laudato si'* e *Fratelli tutti* o nell'Esortazione Apostolica *Laudate Deum*[54]).

Il discorso si fa ancor più complesso quando vengono evocati poi i *diritti delle generazioni future*, potenzialmente pregiudicati (o pregiudicabili) dagli effetti del cd. Antropocene, *rectius* dalla ritrosia del sistema a contrastarli efficacemente e tempestivamente, approccio che intuitivamente

[52] R. Louvin, *Strategie e giustizia per il clima*, cit., p.115.

[53] Secondo C. Angelini, *Aspetto relazionale*, cit., 4, sarebbe proprio l'affermazione di un diritto umano ad un ambiente salubre a costituire in verità un punto d'incontro fra prospettiva ecocentrica ed antropocentrica, posto che, alla stregua di tale prospettiva, pur rimanendo l'uomo «"la lente" attraverso cui guardare all'esistente, si riconosce, differentemente dal passato, la necessità per il benessere della specie umana del benessere dell'intero sistema naturale, portatore di un valore di per sé stesso».

[54] Su quest'ultima cfr. E. Ruozzi, *La Chiesa Cattolica torna a parlare di ambiente: l'Esortazione Apostolica "Laudate Deum" sulla crisi climatica tra riaffermazione della Dottrina sociale ed esigenza di azione*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 1/2024, 233 ss. Più in generale sull'approccio delle religioni monoteiste al tema del cambiamento climatico cfr. F. De Oto, *Ambiente e beni comuni: la scienza naturalistica e il diritto delle religioni nel «governo» dell'ecosistema*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (A settant'anni dalla Costituzione italiana)*, a cura di M. A. Lupoi, San Giustino, 2019, 65 ss.

pone difficoltà che parrebbero non facilmente superabili, *inter alia*, in materia di rappresentanza processuale e sostanziale.

Discorso più complesso e più delicato perché sottende una problematica densa di implicazioni anche etico-filosofiche, oltre che di tecnicalità giuridiche[55].

Un recentissimo saggio di un filosofo del diritto[56], muovendo da premesse heideggeriane, individua l'impianto antropologico della modernità nel "presentismo", o, per dirla con le parole di Stephen Gardiner, autore di un classico negli studi di etica ambientale, nella «tirannia dei contemporanei»[57] e richiama le osservazioni di Gustavo Zagrebelsky, sulla «rottura della contemporaneità», che è «la base su cui finora si è presentata la vigenza delle norme […] del diritto», nonché sulla constatazione che «le generazioni future, proprio in quanto tali, non hanno alcun diritto soggettivo da vantare nei confronti delle generazioni precedenti»[58].

Questo per tacere del paradosso di Parfit, secondo cui «la scelta di sfruttamento ed esaurimento delle risorse, soprattutto in rapporto ad un futuro più remoto, non danneggia nessuno», posto che «adottando una diversa linea di comportamento, nessuna di quelle persone sarebbe venuta ad esistenza»[59].

Di qui la conclusione del saggio sulla necessità di una «ridiscussione radicale dell'ordine istituito» (che a ben vedere si pone in linea con le

[55] In argomento cfr. A. D. Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del dirit*to *Annali IX*, Milano, 2016, 311 ss., per l'analisi di tutti i problemi che sorgono dal riconoscimento di una soggettività delle generazioni future. Da ultimo cfr. F. Gallarati, *From Intergenerational Theory to Practice: The Rights of Present and Future Generations in Climate Litigation*, in *www.ipof.it*, n. 2/2024, 56 ss. e in B. Heiderhoff, I. Queirolo (edited by), *EU (and) Private International Law. Societal Changes and Legal Challenges*, Napoli, 2024, 149 ss. e bibliografia ivi richiamata.

[56] F. G. Menga, *Emergenza ambientale e giustizia intergenerazionale. Alcune traiettorie problematiche in prospettiva filosofico-giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2024, 157 ss.

[57] S.M. Gardiner, *A Perfect Moral Storm. The Ethical Tragedy of Climate Change*, Oxford, 2011, 36.

[58] G. Zagrebelsky, *Senza adulti*, Torino, 2016, 86.

[59] Così C. Giannaccari, *Diritti delle generazioni future o doveri delle generazioni presenti? Giustizia e responsabilità sotto la lente del cambiamento climatico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2023, 186-187, che fa riferimento a D. Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984, richiamato anche da D. Porena, «*Anche nell'interesse delle generazioni future*». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 15/2022, 133. A queste obiezioni si è tentato di replicare con la teoria dei *planetary*

osservazioni del Benvenuti citate in apertura, valide *a fortiori* nell'ambito climatico), una ridiscussione che imporrebbe a ogni soggettività di rinunciare al soggiorno nella roccaforte della propria presenza a sé, per riconoscere – secondo l'espressione di Emmanuel Levinas – di «avere-l'altro-nella-propria-pelle»[60], anche se l'altro è dotato di una «flebile voce» (per riprendere il sottotitolo di un volume di Fracchia sullo sviluppo sostenibile)[61].

Le aporie e le criticità di ordine logico e dogmatico della dimensione dei *diritti* spingono allora a spostare l'asse del discorso dal piano dei diritti a quello dei *doveri* (evocando un «antropocentrismo dei doveri»[62]) e, come poc'anzi ricordato, delle *responsabilità*, anche nei confronti delle generazioni future, approccio che ad esempio emerge nella pronuncia del 2021 del Tribunale costituzionale tedesco relativa al caso *Neubauer*.

A questo proposito può risultare significativo un confronto fra le diverse formulazioni offerte dal novellato testo dell'art. 9 della Costituzione italiana[63], secondo il quale la Repubblica «*tutela l'ambiente, la biodi-*

rights (E.B. Weiss, *In Fairness to Future Generations. International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo, 1989), ossia ipotizzando la sussistenza di diritti non *individuali*, ma di *gruppo*, in quanto appartenenti collettivamente a ciascuna generazione, ciò che consentirebbe a questa teoria di aggirare «*the objections of non-existence and non-identity, since the recognition of these rights prescinds from the possibility of identifying their holders*», ma la rende al contempo difficilmente compatibile con la tradizionale declinazione individualistica dei diritti caratteristica dei sistemi legali liberali occidentali (per questi rilievi cfr. F. Gallarati, *From Intergenerational Theory to Practice*, cit., 157-158); non è un caso che questo approccio si ritrovi invece in una significativa sentenza della Corte Suprema della Colombia (*Suprema Corte de Justicia*, STC4360-2018, *Generaciones Futuras v Minambiente*) che ha altresì riconosciuto l'Amazzonia colombiana come un "soggetto di diritti" (ivi, 161-163). Ulteriore problematica riguarderebbe poi la delimitazione temporale del concetto di "generazioni future"; per il suggerimento di intendere con tale espressione «le generazioni immediatamente successive e già nate» cfr. G. Puleio, *Rimedi civilistici*, cit., 210 e bibliografia ivi richiamata; in senso critico rispetto a questa delimitazione cfr., invece, F. Gallarati, *From Intergenerational Theory to Practice*, cit., 154-155.

[60] F. G. Menga, *Emergenza ambientale*, cit., 176 e 178, con citazione da E. Levinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, La Haye, 1974, 181.

[61] F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

[62] Tale prospettiva è ricorrente negli scritti di F. Fracchia, come, ad es., *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2022, 15 ss.

[63] Sul rapporto tra la nuova previsione costituzionale e la tematica climatica cfr. F. Gallarati, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e pro-*

versità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»[64], ancorandosi ancora alla dimensione dell' "interesse" (comunque si voglia intendere questo concetto alquanto – forse eccessivamente – indeterminato), e la formulazione dell'art. 20a introdotto nel 1994 nel *Grundgesetz* tedesco sulla protezione della natura e degli animali «*auch in Verantwortung für die künftigen Generationen*» («*anche con responsabilità per le generazioni future*»), espressione che, viceversa, mette in primo piano la dimensione oggettiva di un mandato statale di protezione, e quindi «l'orizzonte "deontico" delle responsabilità»[65] e della quale la Corte riconosce il «il carattere non meramente programmatico»[66].

Incidentalmente non può che venire alla memoria in proposito il lavoro di Hans Jonas, *Das prinzip Verantwortung*, e il suo *incipit* dedicato all'essere umano come un «Prometeo irresistibilmente scatenato»[67].

Va tuttavia precisato che nella sentenza *Neubauer* non manca, accanto alla valorizzazione della responsabilità nella dimensione intergenerazionale, il richiamo anche al piano dei diritti, non intesi peraltro come quelli delle generazioni future – che la pronuncia disconosce – ma come i *diritti futuri*[68] delle *generazioni presenti*[69], che potrebbero subire nel futuro gli effet-

---

spettive interne, in *DPCE Online*, n. 2/2022, 1085 ss., secondo il quale «*although not mentioning climate change, the newly amended art. 9 It. Const. could nonetheless turn out to be a climate-friendly provision, thanks to the reference made to intergenerational solidarity*».

[64] Sull' "interesse delle future generazioni" si rinvia all'ampia bibliografia richiamata da A. Mitrotti, *L'obbligazione climatica e la natura del PNIEC nella Repubblica italiana: sono eretiche le pretese di un legittimo affidamento?*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 2/2024, 5, in nota n. 9.

[65] D. Porena, *Giustizia climatica*, cit., 213, in nota.

[66] S. Fanni, *Una teorizzazione*, cit., 219. La Corte precisa, infatti, che la protezione delle generazioni future è solo di "diritto oggettivo" (cfr. § 146: «*Diese intergenerationelle Schutzverpflichtung ist allerdings allein obiektivrechtlicher Natur […]*»), come ricorda A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 269.

[67] H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung – Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt/M., 1979, trad. it. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002.

[68] Fra questi «il diritto a uno standard ecologico minimo per la propria vita (*Ökologisches Existenzminimum*)», come sottolinea G. Donato, *Le prospettive di dialogo fra scienza e diritto. Spunti di riflessione dalla pandemia e dalle* "climate litigations", in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2022, 982.

[69] F. Cirillo, *L'interesse delle future generazioni: ragionamento fallaci e interpretazioni sostenibili,* in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 2/2023, 16, il quale tuttavia esprime diverse criticità in ordine alla «prospettiva della conservazione dello *status quo* nei confronti di

ti di una distribuzione sproporzionata dei limiti alle emissioni[70]: dunque diritti futuri sì, ma già attualmente oggetto di salvaguardia in ragione di un

un'indistinta posterità», che presupporrebbe «l'idea di un'umanità del futuro identica a quella presente nei bisogni, nelle risorse impiegate, nel numero di individui» e sottovaluterebbe «l'onere dinamico che grava sulle generazioni presenti nella creazione (attiva, non solo conservativa) di un'ambiente migliore».

[70] Come ricorda […]» A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 268, «[p]iù si attinge oggi al *carbon budget*, più impattanti saranno domani le politiche di contrasto al cambiamento climatico. Più saranno impattanti le politiche di contrasto al cambiamento climatico più saranno limitati diritti e libertà». Pertanto, secondo il *BVerfG*, la legge sulla protezione del clima (§ 3 comma 1 frase 2 e § 4 comma 1 frase 3 KSG) viola il principio della proporzionalità, posto che «[i]l legislatore avrebbe dovuto distribuire le riduzioni costituzionalmente necessarie delle emissioni di CO2 fino alla neutralità climatica in modo lungimirante nel tempo in modo da non violare i diritti fondamentali» (così M. Seibert, *Cause per la protezione del clima in Germania*, in *Atti del convegno "Il giudice amministrativo fra cambiamento climatico e transizione ecologica"*, cit.). Secondo le parole espresse nel par. 192 della sentenza «*one generation must not be allowed to consume large portions of the CO2 budget while bearing a relatively minor share of the reduction effort, if this would involve leaving subsequent generations with a drastic reduction burden and expose their lives to serious losses of freedom*».

"effetto di interferenza anticipata" (*eingriffsähnliche Vorwirkung*) delle azioni (o inazioni) presenti produttive di effetti irreversibili[71].

Ciò è riprova dell'intrecciarsi e quasi confondersi delle prospettive di tutela: il dovere finisce per essere identificato a sua volta come fonte del diritto soggettivo, in una sorta, per così dire, di circolo ermeneutico[72].

---

[71] F. Gallarati, *Generazioni a processo*, cit., 175, che richiama in particolare il Paragrafo 183 della sentenza tedesca; Id., *From Intergenerational Theory to Practice*, cit., 164-167, ove l'Autore instaura un parallelismo tra le argomentazioni della Corte e la teoria della "*chain of obligations*" (R.B. Howarth, *Intergenerational justice and the chain of obligation*, in *Environmental Values*, 1, n. 2/1992, 133 ss. e A. Gosseries, *On future generations' future rights*, in *The Journal of Political Philosophy*, n. 4/2008, 446 ss.). Sull' "effetto di interferenza anticipata" cfr. P. Minnerop, *The "Advance Interference-Like Effect" of Climate Targets: Fundamental Rights, Intergenerational Equity and the German Federal Constitutional Court*, in *Journal of Environmental Law*, 34, n. 1/2022, 135 ss.; F. Cittadino, *Neubauer et al. v. Germany: The Contribution of the "Bundesverfassungsgericht" to Climate Protection Between Innovation and Green Conservativeness*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, n. 3/2022, 420 ss. Aggiungo che la sentenza in esame pone anche il problema della *extraterritorialità dei diritti* – e conseguentemente della *extraterritorialità della giurisdizione* – a fronte di un ricorso, peraltro integralmente rigettato, presentato da cittadini residenti in Bangladesh e Nepal i quali accusavano lo Stato tedesco di aver contribuito alla causazione di disastri ambientali (cfr. in proposito C. Gentile, Climate litigation *ed extraterritorialità dei diritti*, in *federalismi.it*, n. 5/2023, 1 ss., nonché S. Fanni, *Una teorizzazione*, cit., 222, secondo la quale la sentenza avrebbe profilato, al paragrafo 179, «una prospettiva di extraterritorialità, seppur espressa in modo opaco, affermando come lo Stato sia comunque chiamato a "assuming responsibility, either politically or under international law, for ensuring that positive steps are taken to protect people in poorer and harder-hit countries"»). In pari progresso di tempo anche la Corte di Giustizia, nel caso *Carvalho* e altri c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea (VI sez., 25 marzo 2021, in C-565/19), ha dichiarato «inammissibile per difetto di legittimazione il ricorso contro la direttiva *Emission Trading Scheme* e altre direttive sul contenimento delle emissioni di gas a effetto serra, presentato da un gruppo di cui facevano parte cittadini del Kenya e delle Fiji», come segnala da ultimo M. Magri, *Lineamenti*, cit., 323-324.

[72] Anche nella sentenza *Verein Klimaseniorinnen Schweiz* della Corte EDU, secondo G. Grasso, A. Stevanato, *Diritto di accesso*, cit., 579, «pare emergere che l'obbligo positivo gravante sugli Stati non costituisce la conseguenza del riconoscimento del nuovo diritto fondamentale al clima, ma appunto il suo stesso presupposto»; del resto, come si ricorda ivi, il giudice Tim Eicke nella sua opinione in parte concordante e in parte dissenziente ha contestato al Collegio di aver voluto emulare la posizione assunta dal Tribunale federale tedesco.

4. *Problematiche del contenzioso climatico (uno sguardo d'insieme): il ruolo del processo; la separazione dei poteri; l'individuazione della giurisdizione*

Venendo ora sul terreno più propriamente processuale, nell'economia di queste riflessioni non si possono che esaminare in modo cursorio le relative problematiche, muovendo dal generale al particolare

Anzitutto viene in considerazione il ruolo stesso del processo, di quello amministrativo in specie, nel momento in cui esso scivola in direzione di una "*Public interest Litigation*"[73] (particolarmente diffusa in India e negli USA), moderna variante dell'*actio popularis* romana[74], con il ricorrente che veste i panni del *public attorney general* e il giudice quelli del legislatore o dell'amministratore, spingendosi, a fronte dell'afasia degli organi istituzionalmente competenti, a individuare una risposta pretoria alla crisi ambientale e climatica.

Ciò si manifesta già nel contenzioso ambientale *tout court*, ma assume piena evidenza proprio nel contenzioso climatico, così da guadagnargli l'appellativo di *silver bullet*, ossia del proiettile che ammazza il vampiro, della soluzione finale che in un sol colpo risolve il problema[75], dal momen-

[73] A Giordano, *Climate change litigation e strumenti di tutela. Verso la* public interest litigation?, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, n. 6/2020, 763 ss.; A. Maglica, *Public End through Private Means: A Comparative Study on Public Interest Litigation in Europe*, in *Erasmus Law Review*, n. 2/2023, 1 ss.; S. Pitto, Public interest litigation *e contenzioso strategico nell'ordinamento italiano. Profili critici e spunti dal diritto comparato*, in *DPCE online*, 2021, 1061 ss.

[74] F. Scalia, *La giustizia climatica*, in *federalismi.it*, n. 10/2021, 275. L'Autore ricorda anche che negli USA, nel contesto della *public interest litigation*, la *Standing Doctrine* individua tre presupposti ai fini della legittimazione processuale: «la concretezza e attualità della lesione (c.d. *injury in fact*), l'esistenza del nesso causale tra la lesione e la condotta o l'atto censurato (c.d. *causation*) e la capacità verosimile di riparare la lesione con una decisione favorevole (c.d. *redressability*), nonostante gli effetti della pronuncia giudiziale si riverberino poi sull'intera collettività anche con indicazioni dirette al legislatore» (*ivi*, 277). Diverse è molto più lasche le condizioni richieste nella pur rilevante esperienza dell'India (dove è previsto un *representative standing* – tutela dei cittadini appartenenti a classi discriminate – e un *citizen standing* – denuncia per conto di terzi degli abusi del governo – come ricorda A. Torroni, *Conclusioni: verso una giustizia climatica globale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 692) e del Pakistan, talché si è parlato in proposito di una *"social action litigation"* (C. Colognese, *Considerations on climate change litigations in Italy*, in *giustamm.it*, n. 7/2023, in nota n. 33).

[75] M. Ramajoli, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 1/2021, 60. Osserva in verità A. Pisanò, *L'impatto dei contenziosi*, cit., 115 ss., che le sentenze del contenzioso climatico, pur potendo singolarmente

to che esso palesa l'intenzione di conseguire una "*regulation through-litigation*"[76], una sorta di "*judicial way*", o di "*judicial governance*"[77] per implementare le ragioni dello sviluppo sostenibile, o una "*climate protection by courts*"[78], promosse al ruolo di «attori contro-maggioritari»[79] e financo risultando in un uso del diritto come «*instrument, comme arme au service d'une cause*»[80].

Tuttavia, ciò trascina immediatamente con sé il non lieve interrogativo circa la compatibilità con il principio della separazione dei poteri[81],

---

apparire invero delle «sentenze vuote», in quanto incapaci di risolvere da sé la questione climatica, potrebbero tuttavia, per un effetto "palla di neve", «dare origine ad una massa critica capace di innescare processi politici, a livello domestico, regionale, globale, capaci di sciogliere i nodi che impediscono la risoluzione della questione climatica».

[76] M. Delsignore, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2022, 265 ss.; A. Bonomo, *L'approccio science-based sul cambiamento climatico: quale spazio per il decisore pubblico?*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2024, 86. In tema cfr. W. Kip. Viscusi (*ed.*), *Regulation through Litigation*, Brookings Institute, 2002; J. Hersh & W. Kip. Viscusi, *Allocating Responsibility for the Failure of Global Warming Policies*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, 2007, 1657 ss.; J. Peel – H.M. Osofsky, *Litigation as a Climate Regulatory Tool*, in C. Voigt (*ed.*), *International Judicial Practice on the Environment. Questions of Legitimacy*, Cambridge, 2019, 311 ss.

[77] C.V. Giabardo, *Climate Change Litigation, State Responsibility and the Role of Courts in the Global Regime: Towards a "Judicial Governance" of Climate Change?*, in *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, a cura di B. Pozzo, V. Jacometti, Cambridge, 2021, 393 ss.

[78] W. Kahl – M.P. Weller (*eds.*), *Climate Change Litigation. A Handbook*, Oxford – Baden Baden, 2021; L. Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, in *Transnational Environmental Law*, n. 1/2020, 55 ss. In argomento cfr. altresì S. Dominelli, *"Einmal ist keinmal". L'insostenibile leggerezza degli obblighi di diritto internazionale in tema di "climate change mitigation" nella prospettiva di una proliferazione delle azioni giudiziarie pubbliche e private*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 3/2023, 899 ss.

[79] A. Pisanò, *L'impatto dei contenziosi*, cit., 105. In tema C. Eckes, *Tackling the Climate Crisis*, cit., la quale osserva che «*[i]n light of the failing of politics, in a democracy, the move towards counter-majoritarian instruments is a logical one*» (1313).

[80] D. Lochak, *Les usages militants du droit*, in *La Revue des droits de l'homme*, n. 10/2016, 1.

[81] Molto netta in proposito la posizione espressa da S. Valaguzza, *Liti strategiche*, cit., 300: « «[…] la tesi di partenza […] è che il contenzioso climatico inverta l'ordine logico delle strutture giuridiche e delle responsabilità, ribaltando il rapporto tra legislazione e giurisdizione, e i loro parametri di efficacia, e pretenda da chi esercita la giurisdizione una valutazione di opportunità, più che di legalità, attribuendo alla sentenza di condanna il significato di una narrazione politica e non di un comando foriero di conseguenze giuridiche precise pronunciato in applicazione di precetti di legge validi nei confronti del convenuto, e verso di esso, e vincolanti». In tema cfr. anche L. Bergkamp,

con il suo bagaglio di critiche verso il *judicial activism*, il "creazionismo giurisprudenziale", o la "creazione giurisprudenziale del diritto"[82], la "giurisprudenza normativa" e il "giacobinismo giudiziario"[83], evocandosi l'immagine del giudice come di un "interprete senza spartito"[84].

La problematica è ben presente in realtà ai giudici stessi e anzi costituisce una delle argomentazioni più utilizzate dai medesimi per motivare l'inammissibilità dei *climate cases*[85]: ci si può limitare a richiamare anzitutto, nella realtà statunitense (ove, come noto, il principio è fortemente avvertito), il caso *Juliana et al. v. United States of America*, nel quale la maggioranza del collegio giudicante riconosce – sia pure «*reluctantly*» – che l'aver eventualmente abdicato alle proprie responsabilità nel porre rimedio alla crisi climatica da parte delle "*political branches*" non conferisce alle corti "*the*

J.C. Hanekamp, *Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies*, *in European Energy and Environmental Law Review*, n. 5/2015, 102 ss. e A. Baraggia, *Contenzioso in materia climatica e separazione dei poteri: il ruolo delle* National Human Rights Institutions, in *DPCE online*, Sp-2/2023, 313 ss. In riferimento all'ordinamento europeo cfr. L. Pantaleo, *The Climate Crisis and the Separation of Powers in the EU. What Role for the Court of Justice?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3/2024, 653 ss.

[82] Cfr. M. Luciani, *Ogni cosa a suo posto*, Milano, 2023, specie 161 ss. (su cui si vedano inoltre le considerazioni di A. Cassatella, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di "Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri" di Massimo Luciani*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2024, 235 ss.) e P. L. Portaluri, Bannkreise *giurisdizionali. Qualche appunto di metodo*, in *Ordines*, 2022, 210 ss., nonché *amplius* Id., *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

[83] M. Betzu, *Diritto giurisprudenziale* versus *occasionalismo giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 61 e 72.

[84] F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, specie 468 ss.

[85] G. Pane, *Pro e contro*, cit., 388. Tale argomentazione si ritrova da ultimo anche nella sentenza sulla causa "Giudizio Universale", ove si afferma che le «*decisioni relative alle modalità e ai tempi di gestione del fenomeno del cambiamento climatico [...] rientrano nella sfera di attribuzione degli organi politici*». Secondo V. Jacinto, *La prima decisione italiana sulla responsabilità climatica dello Stato: chiusura legittima o coraggio mancato?*, in *Danno e responsabilità*, n. 5/2024, 653, la decisione proporrebbe «una riedizione della Storia che ripercorre pedissequamente le obiezioni che, all'inizio del secolo, avevano formulato i giudici americani nelle prime decisioni sul tema: la c.d. *political question doctrine* […]», che avrebbe «frenato a lungo il contenzioso climatico negli Stati Uniti», richiamando in tema di rapporto fra contenzioso climatico e separazione dei poteri: M. De Donno, *L'emergenza climatica e la democrazia partecipativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2022, 755 ss.; J. Sprenger, *The separation of powers doctrine: a barrier to climate litigation?*, in *Canada Climate Law Initiative*, 22 november 2023.

ability to step into their shoes" e conseguentemente archivia il caso, trattandosi di "*matter for the legislator*"[86].

Viceversa nella realtà europea è significativo il caso *Urgenda*, nel quale il giudice cerca di aggirare le forche caudine imposte da principio stesso affermando che, benché la Corte vada a limitare il margine di apprezza-

[86] *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit Kelsey Cascadia Rose Juliana et. al v. United States of America et. al, filed January 17, 2020, Case No. 18-36082*, 25: «*We reluctantly conclude, however, that the plaintiffs' case must be made to the political branches or to the electorate at large, the latter of which can change the composition of the political branches through the ballot box. That the other branches may have abdicated their responsibility to remediate the problem does not confer on Article III courts, no matter how well-intentioned, the ability to step into their shoes [...]*» (il passo citato è richiamato da M. Ramajoli, *Il cambiamento*, cit. 62). Sul caso cfr. inoltre più diffusamente G. Ghinelli, *Le condizioni*, cit., specie 1286 ss.; M. Gerrard, *OREGON, USA – Juliana v. United States, Observatory on Enivornamental Jurisprudence*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1081 ss. Si noti che, come ricorda A. Torroni, *Conclusioni*, cit., 692, in nota, in tale giudizio la *US District Court for the District of Oregon* aveva ammesso la legittimazione processuale degli attori anche nell'interesse delle generazioni future, facendo applicazione della *Public Trust Doctrine*, ossia della «[t]esi di elaborazione statunitense per la quale lo Stato è obbligato a custodire gli elementi naturali di valenza collettiva che devono essere mantenuti anche a beneficio delle generazioni future» (S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 147). Tale dottrina è stata inaugurata da J. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, in *Mich. L. Rev.*, 68(3), n. 3/1970, 471 ss. In senso analogo cfr. altresì C. V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata*, cit., che richiama in nota l'analisi di S. Fanetti, *La Public Trust Doctrine: dalle origini alla Climate Change Litigation*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2022, 1 ss.; l'Autore ricorda inoltre che questa complessa vicenda, pendente dal 2015, ha «attraversato tre amministrazioni USA (quella di Obama, di Trump e di Biden) ed è probabilissimo che entri nella quarta» e che, in ordine alla posizione restrittiva derivante dalla *political question doctrine*, la Corte di primo grado ha da ultimo «ribadito il proprio no, quando gli attori, nel frattempo, si sono limitati a chiedere un provvedimento meramente dichiarativo (*declaratory judgment*) dell'illiceità delle politiche, e non anche una vera e reale condanna dello Stato alla revisione dei piani energetici, come invece era stato chiesto all'inizio». Per una possibile applicazione della dottrina del *Public Trust* nel contesto europeo cfr. da ultimo M. Buffoni, *Obbligazione climatica e tutela dell'affidamento: una proposta (Tribunale Amministrativo di Parigi, 29 giugno 2023)*, in *Trusts e Attività Fiduciarie in Rete*, n. 1/2024, 72 ss.; a proposito di tale sentenza del tribunale francese, ritenuta primo esempio di "*biodiversity litigation*"; secondo l'Autrice attraverso l'applicazione di tale dottrina si potrebbe «apprezzare la natura fiduciaria dell'obbligazione climatica gravante su Stati e imprese tenuti ad agire come trustee nella gestione delle risorse naturali affidate alla loro tutela dalle norme costituzionali» ciò che consentirebbe di «attrarre nella sfera contrattuale la responsabilità derivante dalla loro eventuale violazione […] accanto al più tradizionale inquadramento di responsabilità da illecito […]».

mento statale nella scelta della percentuale di emissioni di gas climalteranti da abbattere, il principio rimarrebbe tuttavia salvo in quanto il giudice non indica le misure specifiche da intraprendere, destinate a rimanere nella disponibilità degli altri organi costituzionali, ma si limita, come avviene in una direttiva europea, a fissare un obiettivo, lasciando allo Stato la scelta con riguardo ai mezzi più idonei per raggiungerlo[87], il *quomodo* della tutela[88].

Questa soluzione può forse apparire un po' un sofisma, o il frutto di una «distinzione sfuggentissima»[89], comunque non esportabile e generalizzabile al di fuori della specifica fattispecie; qui ci si limita ad osservare come, in nome di un arrocco nelle braccia sempre più fragili dell'ortodossia, si assista talora a una sopravvalutazione del principio in parola (*rectius*: della sua portata puntualmente precettiva), dovendo la separazione dei poteri essere intesa «come un principio di carattere "ordinatorio", suscettibile di deroghe ed eccezioni»[90], o suscettibile di una rilettura in senso positivo, come possibilità di stimolo e incidenza di ogni potere nei

[87] Su tale caso cfr., in ordine alla tematica qui affrontata, M. Morvillo, Climate Change Litigation *e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso* Urgenda, in *Forum* di *Quaderni costituzionali*, 3 giugno 2019, 1 ss. Per un'analisi approfondita delle argomentazioni con le quali i giudici olandesi si sono liberati dell'eccezione di "politicità" della questione cfr. C. V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata*, cit.

[88] Secondo A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 215, il giudice olandese avrebbe in verità individuato «le coordinate (*quid*, *quantum*, *quando*) entro le quali il governo olandese dovrebbe esercitare la sua discrezionalità politica relegata al *quomodo*».

[89] Così C. V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata*, cit., il quale ne evidenzia le criticità, richiamando altresì le espressioni della Corte d'Appello Federale nel caso *Juliana* secondo cui anche la mera fissazione di un obiettivo finale di riduzione «*plainly require consideration of "competing social, political, and economic forces," which must be made by the People's elected representatives, rather than by federal judges interpreting the basic charter of Government for the entire country*».

[90] F. Saitta, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e* prospective overruling, in *Giustamm.it*, n. 7/2018, par. 6.

confronti delle funzioni svolte dagli altri e non più solo come loro bilanciamento e limitazione[91] secondo l'archetipo di Montesquieu[92].

Lo ha riconosciuto del resto la stessa Corte costituzionale italiana (sentenza n. 283/1986), secondo cui «*ciascuno dei poteri non esercita in modo esclusivo e rigoroso l'attività da cui prende il nome, ma partecipa – in via eccezionale – a qualche manifestazione delle funzioni degli altri*»[93], talché per qualche interprete l'invocazione generica del principio della separazione dei poteri può dar luogo a una fallacia argomentativa sul ruolo del giudice[94].

Ammesso dunque che qui vi sia spazio per la giurisdizione, l'ulteriore problema che si pone riguarda proprio l'*individuazione* della medesima (e, anzi, prima ancora della stessa *legge applicabile*[95]), vicenda che nel caso della

---

[91] E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo*, cit., 86. Osserva come il principio viva «in una dimensione dinamica» V. Jacinto, *La prima decisione italiana*, cit., 653, richiamandosi a G. Silvestri, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir., I Tematici*, V, *Potere e costituzione*, 2023, 1122 ss.; Id., *La separazione dei poteri*, Milano, 1984. Ipotizza un «*functional and relational understanding of separation of powers*» che «*emphasises institutional interactions between the branches according to their different functions rather than their isolation from each other*» C. Eckes, *Tackling the Climate Crisis*, cit., 1316-7. Nella sentenza sul caso *KlimaSeniorinnen* la Corte EDU sottolinea questa visione all'insegna della "complementarietà", osservando che «*democracy cannot be reduced to the will of the majority of the electorate and elected representatives, in disregard of the requirements of the rule of law. The remit of domestic courts and the Court is therefore complementary to those democratic processes*» (par. 412).

[92] Si noti, peraltro, che la presentazione, da parte del Montesquieu, della separazione dei poteri nel Cap. 6 del Libro XI, come rilevato da Y. Gaudemet, *Quand le juge fait la loi*, in 180 *Commentaire* (2022), 798, «*n'est pas de l'ordre du descriptif mais théorique et abstraite dans sa généralité*».

[93] Lo sottolinea I. Bruno, *La causa* «Giudizio Universale». *Quattro* test *costituzionali sui poteri del giudice adito*, in *federalismi.it*, n. 18/2022, 47. Una diversa concezione della dottrina della separazione dei poteri è possibile anche richiamandosi a una "*public life conception*" della funzione giurisdizionale, contrapposta alla "*problem solving conception*" della medesima: secondo quest'ultima il giudice opererebbe principalmente quale arbitro nelle controversie tra privati, mentre la *public life conception* «valorizza invece la dimensione pubblica della funzione giurisdizionale, sottolineando come le corti siano in realtà parte integrante del complessivo processo di auto-governo di una comunità politica» (così M. Morvillo, *Climate Change Litigation*, cit., 10, che si rifà a M.A. Loth, *The Civil Court as Risk Regulator: The Issue of its Legitimacy*, in *European Journal of Risk Regulation*, 9[1], 2018, 74).

[94] G. Greco, *Contenzioso climatico verso lo Stato nell'emergenza climatica e separazione dei poteri*, Cedeuam *Working Paper* per il "*Festival dello Sviluppo sostenibile*" 2021 di ASVIS, Uni-Salento-UniFor, 21 ss.

[95] Interessante da questo punto di vista la vicenda che ha visto un contadino peruviano, proprietario di un immobile adibito a civile abitazione nella città di Huaraz, instau-

giustizia climatica, sconta le peculiarità della stessa, in ragione del carattere in certo senso ubiquitario dei fattori produttivi dei cambiamenti climatici: è un problema che si pone nei rapporti fra le diverse giurisdizioni nazionali, ma anche, all'interno dei singoli ordinamenti, nel rapporto tra differenti plessi giurisdizionali, in funzione delle già ricordate molteplici tecniche di tutela utilizzate[96].

Questo aspetto per esempio si ritrova anche nella recente sentenza italiana sul caso – un po' apocalitticamente appellato "Giudizio univer-

rare un giudizio civile in Germania, avverso un colosso tedesco dell'energia, sostenendo che il § 1004 *BGB* tedesco protegge il diritto di proprietà anche quando il bene (nel caso di specie un immobile) si trovi fuori del territorio tedesco, finendosi così per attribuire alla norma del *BGB* a tutela del diritto di proprietà una valenza extraterritoriale (si tratta del caso *Lliuya c. RWE AG*, su cui cfr. E. D'Alessandro, *Climate change litigation, ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale: il processo come strumento per combattere i cambiamenti climatici*, in *Le pagine de L'Aula civile*, n. 2 2020, 51 ss., specie 53).

[96] Sembra ridimensionare il rilievo di questa problematica la recente sentenza della Corte EDU secondo la quale (§ 597) «*[…] la natura della legge in base alla quale la controversia deve essere risolta e quella dell'autorità competente in materia sono di scarsa importanza […]. Pertanto, la classificazione della legislazione (civile, commerciale, amministrativa o altro) o quella del tribunale competente (ordinario, amministrativo o altro) non sono di per sé decisive. Ciò che conta è che il diritto possa essere esercitato dalla persona in questione e possa essere caratterizzato come un diritto "civile"*», come ricorda A. Molfetta, *La sentenza Giudizio Universale in Italia*, cit., 204. Discorso a parte riguarda poi l'emergere in taluni ordinamenti di *tribunali speciali* nel contenzioso genericamente ambientale, con una composizione integrata con la presenza di tecnici esperti in grado di fornire «la competenza professionale ritenuta necessaria in ragione della natura particolare delle questioni» (così da ultimo F. Ciarlariello, *I tribunali speciali del contenzioso ambientale. Gli esempi di Svezia e India*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2024, 755 ss.). In argomento cfr. altresì D. Amirante, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of Indi*a, in *Pace Environmental Law Review*, n. 2/2012, 441 ss.; D. Clementi, *La giurisdizione ambientale specializzata in India e in Cina: prospettive di comparazione giuridica*, *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2023, 152 ss.; L.M. Pepe, *La transizione ecologica e le corti speciali: riflessioni comparate tra Svezia e India*, in *DPCE Online*, Sp-2/2023, 705 ss.

sale"[97] e subito bollato come «Causa del secolo»[98] – ove il giudice civile, se per un aspetto (la domanda risarcitoria) dichiara il difetto assoluto di giurisdizione *ex* art. 37 c.p.c., per un altro (riguardante la contestazione degli atti di pianificazione generale, come il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima – PNIEC) declina la competenza a favore del giudice amministrativo[99].

---

[97] Tribunale di Roma, II sez. civile, 26 febbraio 2024, n. 3552, nella causa intentata da *A SUD e altri vs. Stato italiano*. Sulla vicenda cfr.: I. Bruno, *La causa "*Giudizio Universale*"*, cit.; R. Louvin, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2021, 935 ss.; L. Saltalamacchia- R. Cesari – M. Carducci, *"Giudizio Universale". Quaderno di sintesi dell'azione legale*, Napoli-Lecce, 5 giugno 2021; A. Galanti, *Giustizia ambientale e giustizia climatica: così vicine, così lontane*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 3/2023, 614 ss.; A. Giordano, *La giustizia climatica ai tempi della transizione ecologica*, ivi, 586 ss. Per i primi commenti alla sentenza cfr.: A. M. Masieri, *La causa "Giudizio Universale" e il destino della* climate change litigation, in *NGCC*, n. 2/2024, 313 ss.; C. V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata*, cit.; L. Cardelli, *La sentenza* «*Giudizio Universale*»*: una decisione retriva*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2024; Ead., *Se Strasburgo smentisce Roma su* Carbon Budget *e fattore tempo nell'emergenza climatica*, ivi, 12 aprile 2024; G. Palombino, *Il "Giudizio universale" è inammissibile: quali prospettive per la giustizia climatica in Italia?,* ivi, 25 marzo 2024; V. Jacinto, *La prima decisione italiana*, cit.; R. Cecchi, *Il Giudizio (o Silenzio?) Universale: una sentenza che non farà la storia*, in *Diritti comparati*, 15 maggio 2024; A. Molfetta, *La sentenza Giudizio Universale*, cit. Si veda inoltre la rassegna a cura dell'*Osservatorio interformanti sul contenzioso climatico italiano.* Al momento in cui si scrive (novembre 2024), peraltro, la sentenza risulta appellata alla Corte d'Appello del Tribunale Civile di Roma.

[98] Cfr. *La Causa del secolo, La prima grande azione legale contro lo Stato per salvare l'Italia (e il pianeta) dalla catastrofe climatica*, a cura di M. Di Pierri, F.P. Fantozzi e M. Peca, Roma, 2021.

[99] Si noti che sette mesi prima il Tribunale Supremo amministrativo spagnolo, con una sentenza nota come «*Juicio por el clima*» (*Tribunal Supremo – Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Greenpeace v. Spain* II, *sentencia* 1079/2023, del 24 luglio 2023), aveva respinto il ricorso proposto per l'annullamento del corrispondente Piano nazionale per l'energia e il clima 2021-2030 (PNIEC) spagnolo, «così andando, secondo i ricorrenti, "contra la ciencia" e disattendendo "las mejores propuestas científicas para establecer el límite de emisiones"» secondo quanto osserva A. Bonomo, *L'approccio science-based*, cit., 88, secondo la quale la sentenza italiana si collocherebbe «se pur con argomentazioni molto più esigue e in parte diverse, nella stessa direzione di quella del Tribunale amministrativo spagnolo» (92). Sulla pronuncia spagnola cfr., in senso critico, M. Cunha Verciano, *"Scienza privata" del giudice e. "scienza pubblica" sui danni evitabili nell'emergenza climatica: tra Spagna e Italia*, in *Dir. comparati*, 22 settembre 2023, 1 ss.

5. *(*Segue*) Problematiche del contenzioso climatico (uno sguardo d'insieme): le condizioni dell'azione; il danno; la responsabilità; la colpa; il nesso di causalità (e* la climate attribution science*); l'onere della prova e la precauzione "climatica"; gli atti impugnabili*

Una volta riconosciuta e individuata comunque una giurisdizione, in ordine logico si pone il tema, già in parte anticipato, della sussistenza delle "*condizioni dell'azione*", segnatamente dello *standing*[100], della *legittimazione* ad agire o a ricorrere, già notoriamente controverso sul terreno genericamente ambientale[101], specie laddove non esiste un'*actio popularis* e non si prevede uno *jus tertii,* il che significa che non si potrebbero nemmeno rappresentare gli interessi di altri[102].

Si prospetta così un *adoucissement* dei vincoli tradizionalmente riferiti alla legittimazione, sostenendosi, ad esempio, che vi saranno casi in cui la mancanza di *locus standi* possa venir trascurata qualora, nelle circostanze del caso, vi sia un "*transcendent need*"[103].

Nella recente sentenza sul caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* la Corte EDU ha riconosciuto il *locus standi* alle associazioni ambientaliste «*as representatives of the individuals whose rights are or will allegedly be affected*» in presenza di alcune condizioni[104].

Si stigmatizza tuttavia che la Corte avrebbe utilizzato «due pesi e due misure» rispetto all'associazione *Verein Klimaseniorinnen Schweiz* e alle ricor-

[100] C. Colognese, *Considerations*, cit., specie 8 ss. In tema cfr. altresì D. Castagno, *Claimants' Standing*, cit., 171 ss.

[101] Per una recente ricognizione della problematica cfr. P. La Selva, *Tutela dell'ambiente e accesso alla giustizia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2024, 765 ss.

[102] G. Pane, *Pro e contro*, cit., 384.

[103] Ivi, 385, commentando la sentenza della Corte Suprema d'Irlanda del 31 luglio 2020, causa n. 205/19, *Friends of the Irish Eenvironment v. the Government of Ireland*, [2020] IESC 49 – sul ricorso dell'associazione *Friends of the Irish Environment*, per conto di 20.863 concittadini – che, peraltro, nella fattispecie aveva escluso la legittimazione di tale associazione a presentare ricorsi sulla base della CEDU.

[104] Come ricorda ancora P. Pustorino, *Sviluppi giurisprudenziali*, cit., 1924-1925: «l'associazione deve essere istituita nell'ordinamento dello Stato parte interessato o essere autorizzata ad agire in tale Paese; fra le finalità dell'associazione deve essere prevista sia la difesa dei diritti umani degli associati o di soggetti terzi sottoposti alla giurisdizione dello Stato parte, sia la possibilità di ricorrere specificamente ad azioni collettive per contrastare le conseguenze dannose dei cambiamenti climatici; l'associazione deve infine dimostrare di poter legittimamente rappresentare i suddetti individui per la tutela di diritti

renti individuali, negando a queste ultime ciò che viene riconosciuto alla prima, sicché quello che dalla pronuncia sembrerebbe emergere «accanto ad una struttura argomentativa costruita intorno ai doveri di solidarietà climatica, solo pensando che l'associazione delle anziane svizzere per il clima agisce anche nell'interesse delle future generazioni, è l'enucleazione di un nuovo canale, riconosciuto unicamente alle associazioni, per rivolgersi alla Corte EDU»[105].

Incidentalmente, il punto richiama alla mente le osservazioni perplesse espresse da Mario Nigro in alcuni scritti risalenti, ma sempre attuali (anche qui si può dire profetici) circa un'enfasi sulle formazioni sociali che marginalizza il singolo «assunto […] nella "solitudine" della sua coscienza e del suo umano rapporto col bene»[106], o gli «amanti della natura rimasti allo stato brado»[107].

In ogni caso, in prospettiva maggiori spazi offrono, con riguardo al processo civile italiano, la nuova azione di classe *ex* art. 840-*bis* ss. del c.p.c.[108], e la tutela inibitoria, segnatamente la azione inibitoria collettiva, disciplinata nell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. – che tuttavia al momento non contemplano come legittimato passivo lo Stato, ma solo imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità[109].

Intuibili le difficoltà che si pongono poi laddove si voglia perseguire la strada della tutela dei diritti delle generazioni future: a chi compete la

protetti dalla CEDU e pregiudicati dagli effetti antropici del cambiamento climatico». In argomento cfr. altresì G. Cattilaz, *The* KlimaSeniorinnen *Case, the ECtHR and the Question of Access to Court in Climate Change Cases*, in *Reports & Essays*, cit., 79 ss.

[105] G. Grasso, A. Stevanato, *Diritto di accesso*, cit., specie 578 ss.

[106] M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 18.

[107] M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Napoli, 1977, 860.

[108] Va sottolineato che la nuova disciplina, contenuta negli artt. 840-bis ss. c.p.c., «abroga quella consumeristica e offre uno strumento di tutela generalizzato e alternativo, svincolato dal rapporto di consumo», talché si è parlato di una «deconsumerizzazione» dell'azione di classe (così G. Ghinelli, *Le condizioni*, cit., 1295). Riferimenti alla possibile rilevanza del nuovo art. 840 *bis* c.p.c. anche nel recente lavoro monografico di M. Zarro, *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile*, Napoli, 2022.

[109] Cfr. E. Gabellini, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe*, in *JUS-ONLINE* n. 2/2024, 222; S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 147. In tema cfr. inoltre R. Tiscini, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 2/2024, 331 ss.; R. Fornasari, *La struttura della tutela inibitoria ed i suoi possibili utilizzi nel contrasto al cambiamento climatico*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 6/2021, 2061 ss.; Id., *Comandare*

titolarità della pretesa di parlare in nome delle generazioni future, azionandone i diritti (a un singolo, a un'associazione, a un gruppo di soggetti)?[110].

Difficoltà che si fanno esponenziali laddove poi si imbocchi l'accidentato percorso dei supposti "diritti della natura": a questo proposito segnalo che nell'*Affaire Climat ASBL* (o *Klimaatzaak*) in Belgio il *Tribunal de première instance francophone de Bruxelles*[111], nel dichiarare irricevibile l'intervento volontario di 82 alberi "*à long durée de vie*", ne ha disconosciuto la «*qualité à agir*», sostenendo che, alla stregua dell'ordinamento belga, «*les arbres ne sont pas "sujets de droits", c'est-à-dire des êtres aptes à avoir et exercer des droits et des obligations*».

Si pone inoltre il problema dell'individuazione dell'*interesse ad agire/ricorrere* sotto più profili; quale può essere il vantaggio atteso da una pronuncia relativa a una singola nazione nel contesto di un problema di scala globale?[112]. Qual è la lesività dei provvedimenti «rispetto alla situazione

allo stato di agire: climate change *e responsabilità civile del potere pubblico*, in *Persona e Mercato*, n. 3/2022, 480 ss.

[110] Così D. Valletta, *La tutela dell'ambiente, lo sviluppo sostenibile e il giudice amministrativo*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3/2022, I, 52, il quale rileva inoltre l'instaurarsi di «una relazione, quella tra generazioni presenti e generazioni future, caratterizzata da uno squilibrio "ontologico", nel senso che la generazione futura è sostanzialmente in balia delle scelte compiute da quella attuale». S. Fanni, *Una teorizzazione di un approccio fondato sui diritti umani alla protezione delle generazioni future nell'ambito del contenzioso ambientale internazionale e nazionale*, *in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, 216, sintetizza le diverse soluzioni prospettate in dottrina per il superamento di tale problematica, tra le quali «la nomina di una sorta di procuratore *ad litem* che si renda portatore, in sede processuale, delle istanze delle generazioni future […]», l'affidamento della rappresentanza delle generazioni future alle stesse generazioni presenti «laddove agiscano in giudizio per i danni che subiranno in futuro in rapporto al cambiamento climatico», ovvero «a enti collettivi, tanto di indole pubblica quanto privata, data la loro attitudine a una sopravvivenza transgenerazionale», approccio quest'ultimo adottato in diversi casi dalle Corti statunitensi «fondandolo sulla logica del *trust* pubblico» (su cui cfr. *supra* in nota n. 86).

[111] *VZW Klimaatzaak* e altri c. Regno del Belgio e altri, Corte di Primo grado, 17 giugno 2021, 2015/4585/A, su cui cfr.: R. Fornasari, *Comandare allo stato di agire*, cit.; P. Viola, *Dalla crisi socio-ecologica al cambiamento climatico antropogenico. Profili comparatistici*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2023, 17; Ead, *Ordinamenti giuridici adattivi e istanze di autonomia epistemologica: la costituzionalizzazione dell'ambiente e del clima*, in *DPCE online*, n. Sp-2/2023, 449-450. Sulla vicenda è successivamente intervenuta la decisione della Corte d'Appello del 30 novembre 2023 che ha parzialmente ribaltato la sentenza. Cfr., in proposito M. Petel – N. Vander Putten, *The Belgian Climate Case: Navigating the Tensions Between Climate Justice and Separation of Powers*, in *VerfBlog*, 5 dicembre 2023.

[112] A questo proposito, come suggerito da G. Ghinelli, *Le condizioni*, cit., 1295, una soluzione «potrebbe essere mutuata dal caso Urgenda: la riduzione delle emissioni

giuridica dei ricorrenti, indifferenziata rispetto a quella di qualunque altro soggetto»[113], tenendo altresì conto che, nonostante l'alta probabilità che i danni causati dal cambiamento climatico si concretizzino nel prossimo futuro in assenza di adeguate misure di mitigazione, «coloro che potrebbero essere più colpiti potrebbero non aver subito alcun danno ancora»[114]?

Quest'ultimo profilo si collega così strettamente all'ulteriore problematica della qualificazione e quantificazione del *danno*, con particolare riguardo al danno "climatico" che per taluni sarebbe una sottocategoria del danno "ambientale"[115], mentre per altri se ne differenzierebbe in quanto danno non esclusivamente terrestre e localizzato, bensì danno *biosferico* e *atmosferico*, sicché allo stesso le norme sui danni *ambientali* non si applicherebbero[116].

Più in generale è la stessa identificazione e ripartizione delle *responsabilità* a rivelarsi critica[117], tenendo conto che le controversie sul cambiamento

---

da parte di un solo Paese offre una tutela parziale, ma comunque capace di contribuire all'effettiva tutela dei diritti azionati».

[113] M. Ramajoli, *Il cambiamento*, cit. 63, che richiama in proposito Tribunale dell'Unione europea, ordinanza 8 maggio 2029, causa T- 330/2018, *Carvalho v. Parlamento UE*, su cui E. Maschietto, *Accesso alla giustizia in materia ambientale – alcune recenti esperienze europee*, in *RGA Online*, n. 5/2019.

[114] G. Pane, *Pro e contro*, cit., 385, in nota.

[115] F. Vanetti, *I cambiamenti climatici*, cit., 3.

[116] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali*, cit., 1368, in nota, ove si richiama per es. la Direttiva UE 2004/35 del 21 aprile 2004, «che, con riguardo all'atmosfera, parla solo di inquinamento e, all'art. 4, ignora gli eventi prodotti dai cambiamenti climatici». Questa impostazione è ripresa anche da A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 101, secondo il quale «[i]l danno locale è solo un epifenomeno di un danno globale». Secondo G. Ghinelli, *Le condizioni*, cit., 1280, il contenzioso climatico avrebbe «una portata più ampia rispetto alle azioni per il risarcimento del danno ambientale, avendo ad oggetto le situazioni soggettive individuali, non tanto il bene ambiente o il clima in sé». Qualificano come «danni indiretti» i danni ambientali correlati al fenomeno del *climate change* F. Vanetti, L. Ugolini, *Il "Climate change" arriva in tribunale: quadro giuridico e possibili scenari giudiziali*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 10/2019, 743. In tema cfr. altresì M. Zarro*, Danno da cambiamento climatico*, cit.

[117] Definisce il processo di ricostruzione di responsabilità una «*probatio diabolica*» A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 79, il quale richiama altresì le considerazioni di M. Di Paola, *Cambiamento climatico. Una piccola introduzione*, Roma, 2015, 77, sulla «frammentazione causale» in conseguenza della quale «"individui, governi, aziende e organizzazioni internazionali" contribuiscono al cambiamento climatico, in una dimensione collettiva "inter-temporale" oltre che "intra-generazionale"» e utilizza inoltre l'efficace immagine di una «responsabilità prismatica» (288).

climatico, com'è stato osservato, richiedono di accertare comportamenti o omissioni «che affondano le loro radici nel passato ma i cui effetti si realizzano solo successivamente»[118].

Non è stato finora oggetto di particolare attenzione da parte delle Corti il requisito soggettivo della *colpa*[119], mentre estremamente arduo si rileva dimostrare il *nesso di causalità*[120] tra la condotta tenuta dal soggetto convenuto e l'impatto sullo stato climatico che avrebbe a sua volta determinato i danni a cose o persone, nonché l'*onere della prova*.

Non mancano in verità tentativi dottrinali – «per lo più privi peraltro allo stato di un significativo riscontro nella giurisprudenza» – di superare gli ostacoli dimostrativi legati al nesso di causalità mediante il ricorso alla c.d. *climate attribution science*[121], scienza che si basa su calcoli probabilistici[122].

In ordine all'onere della prova, ancora una volta si rivela interessante il caso *Urgenda*, dove l'attribuzione allo Stato dell'onere di dimostrare di avere adottato misure adeguate è derivata, come si è osservato, «da una

[118] M. Ramajoli, *Il cambiamento*, cit. 61.

[119] R. Fornasari, *Comandare allo stato di agire*, cit., 492.

[120] T. Burman, *A New Causal Pathway for Recovery in Climate Change Litigation?*, in *Environmental Law Reporter*, 52, n. 1/2022, 10038 ss., ove si fa riferimento a diversi *causation standards* quali l'*alternative causation,* la *market-share liability*, la *material contribution*. In argomento cfr., da ultimo, A. Giaccardi, *Dalla causalità ambientale a quella climatica*, in *laCostituzione.info*, 4 luglio 2024, per il quale, alla stregua della "specialità" del diritto climatico, «i nessi causali tra emissioni, riscaldamento globale, cambiamenti climatici ed effetti di questi ultimi, su ecosistemi e persone, vanno ricostruiti secondo le rilevazioni scientifiche dell'IPCC […]», così implicitamente riconoscendo quella "riserva di scienza" su cui cfr. *infra* nel par. 6.

[121] S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso "climatico*, cit., 137 ss., specie 153-155, dove si dà conto anche della coniugazione del criterio del "*necessary elemente of a sufficient set*" [*Ness*] con la c.d. "*proportional liability*", ossia un criterio di attribuzione «che limita la responsabilità di un convenuto *in proporzione al suo contributo al danno totale subito dall'attore*, allorquando si tratti di contributo *di per sé troppo esiguo* per assurgere a causa necessaria del danno totale subito dall'attore, ma purtuttavia "elemento necessario di un insieme sufficiente" di diverse "cause minime concorrenti", che insieme determinano il pregiudizio». La *climate attribution science* rappresenta «quella branca della scienza che mette in relazione cambiamenti climatici ed eventi metereologici estremi», come precisa M. F. Cavalcanti, *Fonti del diritto*, cit., 334. In argomento cfr. M. Burger-J. Wentz-R. Horton, *The Law and Science of Climate Change Attribution*, in *Colum. Jour. of Env. L.*, vol. 45, n. 1/2020, 57 ss., nonché l'ampia bibliografia richiamata da M. Delsignore, *Il ruolo del giudice nel decostruire l'applicazione della scienza nelle controversie di diritto ambientale*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2024, 138.

[122] E. Gabellini, *Note sul contenzioso climatico*, cit., 227.

particolare interpretazione del c.d. principio di precauzione, consistente nel fatto che, nonostante l'incertezza sugli effetti di misure ulteriori di contrasto al cambiamento climatico, *esse debbano essere comunque adottate*»[123].

Non a caso si sostiene che la *precauzione "climatica"* abbia una consistenza diversa da quella della precauzione "generica"[124], ossia da quel principio affermatosi proprio nella dottrina e giurisprudenza tedesca (*Vorsorgeprinzip*) a partire dagli anni Settanta del secolo scorso a fronte dei primi riscontri di danni ambientali e confluito successivamente nel Trattato di Maastricht per essere poi inserito fra gli altri principi che oggi guidano la politica UE in relazione all'ambiente (cfr. art. 191 del TFUE)[125].

Significativi al riguardo gli articoli dal 6 al 9 del *Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change* redatto dall'*International Bar Association* statunitense e proposto nel febbraio 2020, disciplina che impone ai giudici di prendere atto delle evidenze scienti-

---

[123] S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 155, in nota, con ampi richiami di bibliografia.

[124] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali*, cit., 1363, che ne rinviene la specialità «come "obbligazione proattiva" di compensazione delle eventuali incertezze, che possono sviare la decisione, e come obbligo di riduzione al minimo dei rischi attraverso mezzi adeguati, dunque come parametro di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità anche ai fini della definizione delle condotte e della imputazione delle responsabilità», richiamandosi a M. Haritz, *An Inconvenient Deliberation: The Precautionary Principle's Contribution to the Uncertainties Surrounding Climate Change Liability*, Alphen, 2011, 128 ss.

[125] G. Vivoli, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 28. Ricordo che al principio in questione si sono richiamate anche le parti attrici nella causa "Giudizio Universale" e che esso trova riconoscimento all'art. 3.3 dell'*UNFCCC* (*United Nations Framework Convention on Climate Change*): «*Le Parti devono adottare misure precauzionali per rilevare in anticipo, prevenire o ridurre al minimo le cause dei cambiamenti climatici e per mitigarne gli effetti negativi. Qualora esistano rischi di danni gravi o irreversibili, la mancanza di un'assoluta certezza scientifica non deve essere addotta come pretesto per rinviare l'adozione di tali misure, tenendo presente che le politiche e i provvedimenti necessari per far fronte ai cambiamenti climatici devono essere il più possibili efficaci in rapporto ai costi, in modo da garantire vantaggi mondiali al più basso costo possibile. A tal fine si devono elaborare politiche e provvedimenti che riflettano diversi contesti socioeconomici, siano completi, riguardino tutte le fonti pertinenti, i pozzi e i serbatoi di gas ad effetto serra, prevedano l'adeguamento e comprendano tutti i settori economici. Le azioni necessarie per fronteggiare i cambiamenti climatici possono essere attuate in cooperazione dalle Parti interessate*».

fiche e prevede l'inversione dell'*onus probandi* come diretta conseguenza dell'applicazione del principio di precauzione[126].

Ulteriore questione che si può porre attiene alla delimitazione degli *atti impugnabili*: qui può venire in evidenza la diffusione di "leggi-provvedimento" e soprattutto l'argomento, connesso sempre al principio della separazione dei poteri ed evocato principalmente nelle tradizioni di *Civil Law*, della (presunta) insindacabilità degli atti politici[127], argomento pure bollato tuttavia come "equivoco"[128], tenendo altresì conto che la vetusta categoria in questione appare oggi del tutto residuale a vantaggio di quella degli atti di "alta amministrazione"[129], sicché si è potuto affermare, ad

[126] E. Gabellini, *Note sul contenzioso climatico*, cit., 226-227. In particolare, l'art 9, rubricato «*Burden of Proof and the Precautionary Principle*», stabilisce: «*[9.1] In Government-related climate change proceedings, the Court shall apply the precautionary principle except where the Court finds and articulates why its application is unnecessary or inappropriate in the particular claim. [9.2] The precautionary principle means that where there are threats of serious or irreversible environmental damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent, mitigate or adapt to climate change or the likely adverse effects of climate change or to remedy any likely or resulting damage. [9.3] Where the precautionary principle applies, the party challenging the application of the precautionary principle bears the evidential burden of proving that: (a) the threat of serious and irreversible damage is not a real risk or is negligible; and (b) regardless of the finding in Article 9(3)(a), whether any measures the challenging party proposes to prevent, mitigate or adapt to climate change or remedy any resulting damage will be effective*»» (cfr. *Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change. An International Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report*, London, February 2020).

[127] In argomento cfr. L. Magi, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico: tanto rumore per nulla*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, 1029 ss.

[128] G. Greco, *Contenzioso climatico verso lo Stato*, cit., 23 ss. Critica nei confronti della tesi secondo cui «le decisioni dei poteri pubblici, in tema di lotta al cambiamento climatico, potrebbero o dovrebbero consistere in atti politici liberi nel fine […]» anche M. Cunha Verciano, *La discrezionalità del potere nella lotta al cambiamento climatico*, in *federalismi.it,* n. 28/2023, 2, la quale riconduce viceversa le decisioni sul clima nella categoria – di evidente ascendenza foucaultiana – degli atti di natura biopolitica, giungendo a sostenere che in tali decisioni, attese le ripercussioni sulla vita degli esseri umani, «[i]l (presunto) atto "politico" si manifesta nella sua (reale) identità di atto "di morte"» (ivi, 29).

[129] F. Scalia, *La giustizia climatica*, cit., 307, che richiama in proposito le affermazioni di V. Cerulli Irelli, *Sugli atti di "alta amministrazione"*, in *Giur. Cost.*, 2013, 1377B ss., secondo cui «[l]a categoria degli atti di alta amministrazione […] nasce dall'orientamento giurisprudenziale inteso a ridurre al minimo, fino a far scomparire, la categoria degli atti politici come atti non sindacabili, pur essendo produttivi di effetti». Sul punto si veda peraltro, da ultimo, E. Follieri, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti cd. di "alta amministrazione"*, in *Giustamm.*, n. 9/2024, il quale conclude con la constatazione che «[a]

esempio, la piena sindacabilità dei "piani nazionali integrati per l'energia ed il clima" (PNIEC)[130].

6. *I poteri del giudice e la cd. "riserva di scienza"*

Qualche annotazione per finire intorno alla particolare curvatura che nelle crisi ambientali-climatiche assumono i poteri (cautelari, di cognizione, di esecuzione) del giudice, segnatamente del giudice amministrativo.

Ora, mentre in sede cautelare particolare rilevanza assumono le ordinanze cd. "propulsive" (il cd. *remand*), in sede di cognizione si assiste ad un crescente ricorso a una deroga alla retroattività della portata caducatoria della pronuncia per dar voce a esigenze di effettività della tutela ambientale che rischierebbero di venir pregiudicate da un vuoto di disciplina[131] (ad esempio nel caso di atti di pianificazione), ma viene in rilievo anche il tema degli effetti conformativi della sentenza, quando il giudice dà alla pubblica amministrazione delle indicazioni su come adeguare un proprio piano al fine di far fronte ai cambiamenti climatici.

Anche il commissario *ad acta* nel contesto del giudizio di ottemperanza e le misure esecutive in tale sede previste possono divenire strumento di effettività della giustizia ambientale, ad esempio nel caso di riedizione di piani annullati per violazione delle normative ambientali in tema di valutazione strategica degli impatti[132].

In ordine ai poteri di cognizione un aspetto particolarmente interessante riguarda la *justiciability* della discrezionalità "tecnica" e soprattutto,

---

lla fine, questo atto del governo viene assimilato, di fatto, all'atto politico».

[130] F. Scalia, *La giustizia climatica*, cit., 304 ss. Sul PNIEC cfr. da ultimo A. Mitrotti, *L'obbligazione climatica*, cit., 1 ss., che ne esclude la qualifica di "atto politico", riconoscendone per contro la natura di atto amministrativo – pertanto impugnabile – a carattere pianificatorio, sia pure «con peculiari funzioni di "atto di alta amministrazione": in quanto di raccordo tra (a monte) gli indirizzi normativi contemplati dai Regolamenti europei e (a valle) l'esercizio – concreto – delle funzioni amministrative di esecuzione delle misure (così) individuate nel Piano» (15).

[131] Per questi rilievi cfr. P. Brambilla Pievani, *Riflessioni a "margine". Planet boundaries e non regression nella giustizia ambientale*, in *Atti del convegno "Il giudice amministrativo fra cambiamento climatico e transizione ecologica"*, cit., che in ciò intravede «proprio il riconoscimento dell'esistenza di veri e propri "rights of nature" a cui viene fornita una protezione che travalica in autonomia le stesse richieste dei ricorrenti».

[132] P. Brambilla Pievani, *Riflessioni a "margine"*, cit., nonché G. Tulumello, *Lo sviluppo*

riguardo segnatamente alla giustizia climatica, l'ampio spazio dedicato ai dati scientifici; il punto merita qualche riflessione più estesa in quanto coinvolge la questione di portata generale circa un'ipotizzata "riserva di scienza".

Con riguardo al primo aspetto, valga quanto si è osservato di recente circa il fatto che la materia ambientale non conoscerebbe quella evoluzione, sostanziale e processuale, che le valutazioni tecniche hanno attraversato negli altri campi dell'agire amministrativo, nei quali si è assistito a un ridimensionamento della loro percezione come riserva dell'amministrazione; nella materia ambientale, viceversa, permarrebbe, salvo tendenze minoritarie, una riserva di sapere specialistico già sul piano procedimentale, cui corrisponderebbe una limitata sindacabilità giurisdizionale, talora arguita da un asserito ruolo primario assunto dal valore ambiente sul piano costituzionale con le recenti modifiche in tema[133]; una nuova gerarchia degli interessi che farebbe, secondo taluni, del diritto all'ambiente un diritto «tiranno»[134] e dell'interesse ambientale un interesse preminente, imperante anche in quella ponderazione degli interessi che costituisce il *proprium* della discrezionalità "amministrativa" o "pura"[135].

Nel contenzioso climatico ancora una volta la questione assume coloriture particolari. Qui il processo decisionale compiuto dai giudici

sostenibile e la lotta al cambiamento climatico fra disciplina costituzionale e diritto dell'U.E.: la centralità della categoria dell'effettività e il ruolo della tutela giurisdizionale, in *giustizia-amministrativa.it*., 2024, 16-17.

[133] M. Ramajoli, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale,* in *federalismi.it*, n. 13/2023, 206 ss., *passim*. In argomento cfr., da ultimo, M. Delsignore, *Il ruolo del giudice*, cit.

[134] G. Tulumello, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., 25.

[135] Non va dimenticata in proposito la previsione del comma 2 dell'art. 3-*quater* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (il cd. Codice dell'ambiente), ai sensi del quale «*[a]nche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione*», come ricorda il recentissimo volume di S. Vernile, *Dall'economia circolare al principio di circolarità. Una lettura giuridica nel solco dell'Art. 9 Cost.*, Torino, 2024, la quale attribuisce all'interesse ambientale un carattere "trasformativo", in quanto «capace di incidere profondamente sull'ordinamento giuridico e, in specie, sul diritto delle pubbliche amministrazioni […]», pur rifiutandone «interpretazioni assolutistiche» (cfr. 1) ed enfatizzando viceversa i benefici del ricorso a un «principio di circolarità». Va ricordato in proposito che lo stesso *Bundesverfassungsgericht*, nel caso *Neubauer*, pur riconoscendo un obbligo in capo allo Stato di proteggere il clima in una prospettiva intergenerazionale, ne ha altresì imposto un bilanciamento con altri diritti

sembra accomunato dal coinvolgimento in maniera decisiva dei dati tecnico scientifici[136] e colpisce l'ampio spazio concesso ai *reports* scientifici, segnatamente quelli periodici dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (*IPCC*)[137], che nel caso *Urgenda* assurgono addirittura a parametro vincolante per determinare la responsabilità dello Stato olandese, surclassando i parametri propri delle politiche europee[138].

Ora, se per un verso si stigmatizza che l'allineamento ai suggerimenti provenienti da tali *reports* rileverebbe «in termini di opportunità, ma non di legalità»[139], da altri si sostiene che sarebbe il diritto stesso a operare «una

---

e valori di rilevanza costituzionale, «non avendo, la protezione del clima, una priorità incondizionata su altre pretese giuridiche» (così A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 271).

[136] Cfr., in proposito, M. F. Cavalcanti, *Fonti del diritto*, cit., che analizza in particolare le tre sentenze sui casi *Urgenda*, *Affaire deu siécle* e *Neubauer*.

[137] Particolarmente significativo il *Report* speciale del 2018: IPCC, 2018, *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H.-O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P.R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J.B.R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M.I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, T. Waterfield *eds*., Cambridge-New York, 2019.

[138] Sul ruolo dei dati scientifici nel caso *Urgenda*, cfr. M.F. Cavalcanti, M.J. Terstegge, *The Urgenda case: The Dutch Path Towards a New Climate Constitutionalism*, in *DPCE Online*, n. 2/2020, 1388 ss.; B. Mayer, *The State of the Netherlands* v. *Urgenda Foundation*: Ruling of the Court of Appeal of The Hague (9 October 2018), in 8 *Transnational Environmental Law* n. 1/2019, 181 ss.; A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 221, secondo cui «[l]a scelta di far prevalere il *report* dell'IPCC sugli impegni comunitari […] dipendeva dall'autorevolezza scientifica dell'IPCC, che così facendo assurgeva a faro che avrebbe dovuto guidare il decisore propriamente politico, incarnando esemplarmente, tale vicenda, un ambito di applicazione del principio della "riserva di scienza" […]». Da ultimo cfr. le considerazioni di A. Bonomo, *L'approccio science-based*, cit., 53 ss., la quale auspica il ricorso, da parte del decisore politico, a «una discrezionalità "scientificamente condizionata"» e dunque a una modalità di esercizio del potere "*lightly*" e non "*strictly*" *science-based*, «laddove quello che differisce è il margine decisionale che permane in capo all'autorità responsabile della decisione "a impatto climatico" rispetto agli obiettivi fissati dalle fonti del diritto climatico sulla base delle conoscenze fornite dalla scienza» (97-98).

[139] S. Valaguzza, *Liti strategiche*, cit., 314, ove si aggiunge che «[…] occorre ristabilire contenuti e ambiti, rispettivamente, di valutazioni di opportunità, inserite nel circuito delle politiche pubbliche, e del sindacato di legalità (e legittimità), proprio dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Se non lo si farà, si persevererà nell'attribuire una funzione impropria all'attività giurisdizionale e a fomentare una prospettiva che sposta sulla giurisdizione una responsabilità politica».

sorta di "riserva di scienza", che condiziona, orienta e limita le discrezionalità decisionali e interpretative»[140], assumendo inoltre la scienza i contorni di un parametro interposto[141] per poter giudicare della legittimità o meno di una norma o di una condotta statale cui il giudice soggiace «secondo una logica di legalità di risultato e di *anticipatory regulation*»[142].

Con frequenza crescente appare così sulla scena, accanto alle riserve di legge e di giurisdizione, alla sempre denegata riserva di amministrazione, a quella sua variante (o forse scappatoia) costituita dalla riserva di procedimento amministrativo, emersa da ultimo nella giurisprudenza costituzionale in tema di leggi-provvedimento[143], questo concetto di "riserva di scienza"[144].

Si finisce così per ipotizzare una struttura intrinsecamente «nomologica» della scienza[145], tenendo conto che attraverso la c.d. riserva di scienza e l'incorporazione per riferimento dei dati scientifici riportati dall'*IPCC* compiuta dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti

[140] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali*, cit., 1363.

[141] In tema cfr. già, in termini generali, C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 1 ss.

[142] Così G. Tropea, *Il cigno verde e la separazione dei poteri (nota a sentenza Tribunale civile di Roma, sez. II, causa n. 39415 del 2021)*, in *giustiziainsieme.it*., 18 aprile 2024. Come ricorda A. Bonomo, *L'approccio science-based*, cit., 81, «[l]a precauzione climatica si fonda sulla logica c.d. "anticipatoria" d'intervento sulle cause (*Anticipatory Regulation*), dalla quale far dipendere la mitigazione sugli effetti, proibendo esplicitamente – come si legge nell'art. 3 n. 3 del l'UNFCCC – di utilizzare l'argomento dell'incertezza come "*pretesto per rinviare l'adozione di tali misure"*».

[143] In tema cfr. F. Ferrari, *Riserva di amministrazione o giudizio comparativo tra atti? Sul rapporto tra leggi-provvedimento regionali e atti amministrativi*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, 457 ss.

[144] Si ritiene che, ove sia necessario l'intervento di valutazioni tecnico-scientifiche, in ossequio alla c.d. riserva di scienza «il legislatore, l'amministrazione o il giudice siano tenuti ad attingerle presso fonti qualificate (o rinviarle *tout court* a soggetti qualificati) e non possano contare meramente sull'esercizio delle rispettive forme di discrezionalità» (così D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 2).

[145] M. Magri, *Il 2021*, cit., 4, con richiamo a M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali*, cit., 1362; a p. 11 l'Autore parla della scienza come di un «"legislatore parallelo"».

climatici del 1992 (*UNFCCC*), i dati scientifici assumerebbero lo *status* di fonti giuridiche[146].

Lungi dall'avventurarsi nel complesso rapporto tra diritto e scienza (che l'emergenza pandemica ha portato drammaticamente in luce)[147] e meno che meno nel sempre più ingovernabile mondo delle fonti, ci si limita qui a rilevare che tale riserva di scienza finisce per impattare sulla problematica della separazione dei poteri cui si è accennato in precedenza, chiudendo in qualche modo il cerchio.

Alla stregua del "*right to justification*", come s'è osservato di recente, nei *climate cases* i giudici «spingono coloro che esercitano il potere pubblico a giustificare meglio le loro scelte alla luce di conoscenze scientifiche consolidate […]», sicché, sostanzialmente ribaltando la tradizionale posizione prevalentemente critica sovra richiamata, si sostiene che «"l'ingerenza" dei

[146] M. F. Cavalcanti, *Fonti del diritto*, cit., 341, la quale ricorda come l'incorporazione dei dati scientifici sia rinvenibile, in particolare, nei primi tre articoli della UNFCCC (332) e propone una tassonomia delle diverse sfumature che l'utilizzo dei dati tecnico-scientifici può assumere nel contenzioso climatico (342). Altra tassonomia è proposta da S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica*, cit., 628, i quali, muovendo da un minimo a un massimo, assumono che «*i)* le risultanze degli esperti servono per corroborare l'argomento giudiziale atto a imputare le manchevolezze statali ma non hanno valore giuridico; *ii*) i dati assurgono a metodologia utile per quantificare l'obbligazione dello Stato di ridurre le emissioni climalteranti […]; *iii*) la scienza funge da fondamento e orientamento della politica e dunque fissa un limite alla discrezionalità del potere pubblico (la c.d. riserva di scienza) […]». Una tassonomia dei diversi ruoli assunti dai giudici rispetto alla scienza in S. Penasa, *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 dicembre 2015. Circa l'attribuzione ai dati tecnici del grado di fonti legalmente vincolanti si esprime in senso negativo il giudice belga nel già richiamato *Affaire Climat ASBL*, precisando che le percentuali di abbattimento delle emissioni richieste dai ricorrenti si basano sul rapporto di un gruppo di esperti nazionali, che tuttavia «*ne constitue pas non plus une source d'obligation juridiquement contraignante à l'égarde des pouvoirs publics. Il s'agit d'une expertise apte à assister les pouvoirs publics dans la mise en oeuvre de leur politique climatique, mais qui ne lie ni les parties défenderesse, ni le tribunal*» (cfr. parte III, lett. *c)*, p.to 2.3.2, della sentenza).

[147] In tema recentemente S. Foà, *Giustizia amministrativa e rito "tecnicamente condizionato". Riserva di scienza e limite al sindacato giurisdizionale*, in *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, a cura di S. Foà, A. Camaiani, Torino, 2022, 105 ss.; A. Farano, *Il giudice e la buona scienza. L'istituzione del fatto scientifico in giudizio*, Torino, 2024, specie 112 ss. in ordine al contenzioso climatico.

giudici non mette sotto pressione il principio di separazione dei poteri, ma in realtà contribuisce alla sua piena realizzazione»[148].

Ci si limita ad aggiungere che nella causa "Giudizio universale" la tematica della riserva di scienza è declinata in modo originale dagli attori, i quali si appellano alle "leggi di natura". Non si tratta beninteso di un nuovo "giusnaturalismo": il riferimento è a leggi scoperte e comprese attraverso la scienza e confliggenti con le decisioni umane che, violandole, hanno causato l'emergenza, sicché, s'è detto, il giudice sarebbe «chiamato a misurarsi su una scelta di verità che non potrà essere esclusivamente giuridica, ma – alla fin fine – epistemica»[149], contrapponendosi due "verità", quella "naturale", ricavabile attraverso protocolli scientifici, e quella "istituzionale", frutto dell'ermeneutica giuridica[150].

7. *Concludendo…*

Concludendo, si è consapevoli di aver in definitiva maggiormente segnalato problemi che suggerito risposte; e tuttavia già in questa panoramica pare trovarsi conferma che di fronte alla "crisi ambientale-clima-

[148] G. Pane, *Pro e contro*, cit., 388-389; M. Seibert, *Cause per la protezione del clima in Germania*, cit., per il quale «[l]e sentenze sulla protezione del clima non rompono la separazione dei poteri, ma ne sono un'espressione» e «non riguardano la formulazione giudiziaria di piani o misure per affrontare il cambiamento climatico, ma l'obbligo dei decisori responsabili di progettare tali piani o misure con sufficiente efficacia» Anche secondo G. Greco, *Contenzioso climatico verso lo Stato*, cit., 23, «[…] il giudice non "crea" interpretazioni unilaterali di atti, ma si attiene alle conoscenze scientifiche per valutare conformità e adeguatezza della condotta dei poteri rispetto ai fatti». In senso critico, viceversa, P. Patrito, *Cambiamento climatico e responsabilità dei pubblici poteri: aspetti (più o meno) problematici di un recente fenomeno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6/2023, 1934 ss.; G. Tropea, *Il cigno verde*, cit., il quale parla di un «rapporto potenzialmente destabilizzante e dirompente rispetto all'acciaccato principio di separazione dei poteri» della riserva di scienza.

[149] G. Campeggio, *La causa "Giudizio Universale" e il problema della verità*, in *www.dirittocomparati.it*, 21 settembre 2022, 2; l'Autore rimarca altresì (5) che gli attori «invocano la "riserva di scienza" non solo come riserva di competenza nel risolvere problemi riguardanti "leggi di natura", ma anche come sfera dell'indecidibile da parte della politica quando in gioco sono le "leggi di natura" della sopravvivenza umana».

[150] G. Tropea, *Il cigno verde*, cit.; G. Campeggio, *La causa "Giudizio Universale"*, cit., p. 4.

tica" si avverano le *profezie* di Benvenuti e gli *auspici* di Grossi dai quali si è partiti.

Resta il (non facile) compito di esplorare nuove tracce in questo "deserto dei Tartari" che oggi si dispiega intorno a tutti noi e che ci impegna come giuristi, se è vero che "il giurista non è un conservatore di crisalidi ma il percettore d'una esperienza"[151], e prima ancora ci interpella come esseri umani, abitanti (per dirla col Pascoli di X agosto) di "quest'atomo opaco del Male"[152].

Abstract

Il saggio si sforza di prospettare una visione d'insieme delle problematiche e delle prospettive del contenzioso climatico, a partire dalla sua stessa definizione. Dopo aver operato una ricognizione delle diversificate prospettive di tutela che in esso trovano espressione, il saggio si sofferma sulle molteplici criticità che sono venute emergendo in tale contenzioso e che mettono in discussione tutti i profili essenziali del sindacato giurisdizionale, implicando una metamorfosi della sua struttura giuridica tradizionale.

The environmental-climate crisis in the prism of judicial review between aporias and prophecies

The essay aims to provide an overall vision of the problems and prospects of climate litigation, starting from its very definition. After having carried out a survey of the diversified protection perspectives expressed in it, the essay focuses on the multiple critical issues that have emerged in this litigation and that call into question all the essential profiles of judicial review, implying a metamorphosis of its traditional legal structure.

[151] P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 229.
[152] G. Pascoli, *Myricae*, Livorno, Giusti, 1891.

Giudizio di parificazione dei rendiconti e autonomia regionale

di Guido Rivosecchi*

Sommario: 1. Autonomia regionale e diritti costituzionali nel prisma del giudizio di parificazione dei rendiconti. – 2. Il difficile bilanciamento tra accertamento giudiziale e autonomia regionale: oggetto, parametro, funzione certatoria e accesso alla giustizia costituzionale. – 3. La controversa questione della natura giuridica della parificazione dei rendiconti regionali. – 4. Un difficile "banco di prova": le vicende relative ai rendiconti 2019-2020-2021 della Regione siciliana e la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte dei conti. – 5. Verso una ricomposizione degli orientamenti della giurisprudenza? – 6. Le garanzie necessarie dell'autonomia regionale: tecniche istruttorie e tutela del contraddittorio nella parificazione dei rendiconti regionali.

1. *Autonomia regionale e diritti costituzionali nel prisma del giudizio di parificazione dei rendiconti*

Già previsto per le autonomie speciali ed esteso alle Regioni a statuto ordinario dall'art. 1, comma 5, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali fornisce una prospettiva di analisi particolarmente significativa del ruolo costituzionalmente affidato alla Corte dei conti a presidio del corretto impiego delle risorse pubbliche, della legalità finanziaria e dei suoi riflessi sull'autonomia regionale. Infatti, tra le funzioni affidate alla magistratura contabile, il procedimento qui in esame è quello che più si svolge "a ridosso" della *legge regionale* – massima espressione dell'autonomia politica dell'ente territoriale – nella specie sotto forma di atto legislativo di approvazione del rendiconto.

Pur non potendo produrre alcun effetto inibitorio dell'efficacia della legge regionale per limiti di ordine costituzionale[1], il giudizio di parifica-

* Professore ordinario di diritto costituzionale – Università degli Studi di Padova.

[1] Cfr. Corte cost. n. 39/2014, punto n. 6.3.4.3.1 del "Considerato in diritto", che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 7, del d.l. n. 174 del 2012 limitatamente alla parte in cui prevedeva il controllo della Corte dei conti sui bilanci preventivi e sui rendiconti consuntivi delle Regioni poiché esso implicava effetti impeditivi dell'efficacia della *legge regionale* di bilancio e di approvazione del rendiconto così violando i parametri costituzionali posti a presidio dell'autonomia regionale e il principio dell'unicità della giurisdizione costituzionale.

zione costituisce sede privilegiata di controllo giudiziale di legittimità-regolarità dei conti perché esso oggi non si esplica più, come in origine, in un mero raffronto tra scritture contabili (tra i risultati del rendiconto, i dati esposti nei conti periodici e le "autorizzazioni" di spesa del bilancio di previsione), bensì consente di sindacare la legittimità delle partite di entrata e di spesa e dei relativi titoli (provvedimenti amministrativi e contratti) e di accertare il rispetto o non degli equilibri di bilancio mediante un procedimento a struttura binaria e ad esito dicotomico (parifica/non parifica) assistito dalle formalità della giurisdizione contenziosa[2].

La costituzionalizzazione dei precetti dell'equilibrio e della sostenibilità della finanza pubblica allargata (art. 81, 119, primo comma, e 97, primo comma, Cost.) ha concorso in maniera decisiva a modificare il giudizio di parificazione dei rendiconti ampliandone oggetto e parametro, essendo quest'ultimo ormai idoneo ad includere tutte le fonti costituzionali, "rinforzate" e legislative rivolte ad assicurare l'equilibrio per tutto il ciclo di bilancio.

In altre occasioni, anche in seminari di questa Scuola, si sono già presi in esame i fattori che hanno concorso al rafforzamento dei controlli giudiziali di legittimità-regolarità dei conti, a cui è riconducibile il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali; fattori successivamente acuiti dalla crisi economico-finanziaria del 2010-2011, dalla successiva costituzionalizzazione del precetto dell'equilibrio di bilancio e dal perdurante regime di emergenza permanente (economico-finanziaria, pandemica; bellico-energetica)[3].

In questo contesto, alla luce di recenti novità giurisprudenziali, pare opportuno tornare ad esaminare i profili procedimentali e sostanziali che connotano il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, la sua natura e gli effetti che esso è idoneo a produrre sull'autonomia regionale, con particolare riguardo alle tecniche istruttorie e alla tutela del contraddittorio. Questi ultimi, infatti, costituiscono gli istituti di maggior rilievo ai fini della composizione degli interessi costituzionalmente rilevanti e potenzialmente antagonisti che vengono in rilievo nel giudizio qui in

[2] In termini, Corte cost. n. 184/2022, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto". Nella stessa prospettiva, cfr. già G. Rivosecchi, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2017, 378 ss.

[3] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*, ovvero: disvelata natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti ed effetti sull'autonomia regionale*, in *Le Regioni*, n. 6/2022, 1257 ss.

esame: da un lato, il principio di autonomia della Regione, inteso nella sua massima espressione politico-legislativa e, dall'altro lato, il principio di legalità-finanziaria e l'interesse al corretto impiego delle risorse pubbliche, ivi inclusa l'esigenza di rispettare le tempistiche normativamente previste per il corretto svolgimento del ciclo annuale di bilancio al fine di assicurare la partecipazione delle Regioni al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica e la funzionalità della decisione finanziaria annuale.

Occorre preliminarmente richiamare alcune premesse di ordine giuridico-costituzionale entro le quali si inscrive il rafforzamento del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali perseguito dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo, il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali è disciplinato dalle stesse norme previste per la parifica del rendiconto generale dello Stato per effetto dei rinvii agli artt. 39-41 del r.d. n. 1214 del 1934 (T.U. Corte dei conti) contenuti, per le Regioni a statuto ordinario, nell'art. 1, comma 5, del d.l. n. 174 del 2012, e, per le Regioni a statuto speciale, nelle apposite norme di attuazione statutaria[4].

In secondo luogo, a seguito dell'introduzione dei precetti dell'equilibrio e della sostenibilità delle finanze pubbliche da parte della legge costituzionale n. 1 del 2012, il giudizio di parificazione ha assunto un ruolo sempre più rilevante nel controllo della finanza pubblica allargata perché, come precisato dalla giurisprudenza costituzionale, copertura finanziaria ed equilibrio di bilancio integrano una «clausola generale» quale parametro operante *direttamente* – anche senza *interpositio legislatoris* – nel giudizio di costituzionalità delle leggi che si riflette sui controlli sulla finanza pubblica affidati alla Corte dei conti[5]. Alla stregua di tale interpretazione, i richiamati precetti costituzionali esplicano i loro effetti anche tra i diversi

[4] Con l'unica eccezione costituita dalla Regione Val d'Aosta che non ha ancora provveduto all'adeguamento delle norme di attuazione al fine di garantire la necessaria sottoposizione al giudizio di parifica del rendiconto generale della Regione: al riguardo, per le rilevanti implicazioni in termini di elusione dei principi costituzionali sul controllo della finanza pubblica allargata, cfr. G. Scaccia, *Il giudizio di parificazione e l'eccezione valdostana: una zona d'ombra nel controllo costituzionale sulla legalità finanziaria dei rendiconti regionali?*, in *Riv. Corte conti*, n. 4/2022, 1 s.

[5] In questo senso, tra le altre, in maniera particolarmente significativa, cfr. Corte cost., n. 192/2012, punto n. 4 del "Considerato in diritto" e n. 184/2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto".

esercizi finanziari in forza del principio di continuità dei conti[6]; principio che la parifica è chiamata a garantire[7], pur senza vincolare *direttamente* la legge di approvazione del rendiconto che attiene all'autonomia dei Consigli regionali ed è espressione della diversa funzione di controllo politico del Legislativo sull'Esecutivo[8].

A tali fini, il giudizio di parificazione del rendiconto non risponde soltanto ai principi della contabilità pubblica, ma, riprendendo l'espressione ripetutamente utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale, anche a quelli del «diritto del bilancio» inteso quale insieme di fonti costituzionali, rinforzate e di leggi ordinarie rivolte a preservare gli equilibri finanziari e la "sana" gestione[9]. Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, tali atti hanno progressivamente integrato il parametro del «riscontro con le leggi del bilancio» di cui all'art. 39 del r.d. n. 1214 del 1934 a cui la parifica è preordinata.

Da quanto sin qui detto segue un'ultima fondamentale premessa da tenere ben presente per il corretto inquadramento del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali. Accertando le modalità di impiego delle risorse e salvaguardando i saldi di bilancio, con tale giudizio la Corte dei conti concorre ad assicurare la sostenibilità nel tempo dei diritti costituzionali perché tutti i diritti "costano" e necessitano di risorse[10]; ricorse

[6] Muovendo dai consolidati orientamenti della giurisprudenza costituzionale (cfr., in particolare, Corte cost. n. 89 e n. 274/2017 e n. 227/2019), la dottrina ha ampiamente valorizzato l'interpretazione del giudizio di parifica quale istituto rivolto a garantire anche il principio di continuità dei conti: cfr., per tutti, C. Buzzacchi, *L'«armonia logica e matematica dell'equilibrio del bilancio» e le improbabili acrobazie contabili del legislatore regionale*, in *Giur. cost.*, n. 6/2017, 3028 ss., spec. 3030 ss.; C. Bergonzini, *Trasparenza e veridicità dei bilanci: l'annullamento del rendiconto oggetto di manipolazioni contabili*, in *le Regioni*, n. 3/2018, 515 ss.

[7] Come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza costituzionale da Corte cost. n. 250/2013 a Corte cost. n. 39 e n.120/2024.

[8] La giurisprudenza costituzionale ha infatti riconosciuto «*sfere distinte e non confliggenti*» in ordine, da un lato, alla funzione svolta dalla Corte dei conti in sede di parifica e, dall'altro lato, al controllo politico che si esprime nella legge statale o regionale di approvazione del rendiconto: cfr. già Corte cost. n. 121/1966, punto n. 1 del "Considerato in diritto"; nonché Corte cost. n. 72/2012, punto 2.2 del "Considerato in diritto" e Corte cost. n. 184/2022, punto 5.2 del "Considerato in diritto".

[9] Cfr., ad esempio, Corte cost. n. 184/2022, punto 5.2 del "Considerato in diritto".

[10] Che i diritti siano condizionati nell'attuazione legislativa dall'organizzazione e dai mezzi di provvista è osservato dai costituzionalisti italiani sin dagli anni Sessanta del secolo scorso: cfr. M. Mazziotti, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè,

che, in buona parte, sono destinate al finanziamento di politiche regionali rivolte ad erogare prestazioni[11].

2. *Il difficile bilanciamento tra accertamento giudiziale e autonomia regionale: oggetto, parametro, funzione certatoria e accesso alla giustizia costituzionale*

Tanto premesso, alla stregua dei più recenti orientamenti normativi e giurisprudenziali, il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali si configura come procedimento di verifica delle informazioni contabili dell'ente territoriale che si esplica in un controllo del rendiconto articolato su tre livelli: le scritture contabili relative alle singole transazioni, vale a dire provvedimenti amministrativi e contratti costituenti titolo degli impegni di spesa o degli accertamenti di entrata (primo livello) che, rappresentate secondo i criteri della contabilità analitica (secondo livello), vengono sintetizzate nei saldi rappresentati nel rendiconto (terzo livello)[12].

Il rendiconto, quindi, così strutturato su più livelli – corrispondenti, oggi, alle «scritture contabili» richiamate dall'art. 39 del r.d. 1214 del 1934 – espone in maniera sintetica, cioè attraverso i saldi, i risultati della gestione espressi dalla contabilità analitica entro i limiti fissati dal bilancio di previsione e in base alle leggi di spesa su cui trovano fondamento gli atti che costituiscono titolo di pagamento[13]. Ne consegue che il giudizio di

---

1964, 805 s.; A. Baldassarre, voce *Diritti Sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 29 s.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, Cedam, 1995, 121; G. Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 11 ss., spec. 14; e, soltanto successivamente, S. Holmes - C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York – London, W.W. Norton, 1999, trad. it. di E. Caglieri, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000. La giurisprudenza costituzionale ha corroborato da tempo questa stessa prospettiva: cfr., tra le più significative, Corte cost. n. 455 del 1990; n. 240 del 1994; n. 245 del 1997; n. 203 del 2016, punto 8 del "Considerato in diritto"; n. 192 del 2017, punto 9.2.4 del "Considerato in diritto".

[11] Al riguardo, cfr., per tutti, M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 14 ss.

[12] Sul significato del "rendicontare" e sui rendiconti articolati su più livelli, cfr. C. Cincotti, *L'obbligazione di rendiconto: profili ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2017, 1447 ss., spec. 1459 ss.

[13] Così concepito, il rendiconto è un atto complesso idoneo a sintetizzare il "sistema di informazioni contabili" dell'ente territoriale in ordine all'intero ciclo di

parificazione consente di sindacare la legittimità delle partite di entrata e di spesa e dei loro titoli presupposti e di accertare, in definitiva, il rispetto o non dei parametri normativi sugli equilibri finanziari[14]. Da ciò discende la struttura sempre più articolata dei rendiconti, funzionale all'esigenza che le singole scritture contabili rispondano a requisiti di chiarezza, correttezza, univocità, veridicità e trasparenza[15].

Ai fini dell'individuazione del parametro normativo del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, occorre anzitutto rammentare che, contrariamente allo Stato, le Regioni sono costituzionalmente tenute ad assicurare l'equilibrio costante di parte corrente dal momento che l'indebitamento è ammesso soltanto per la spesa di investimento (art. 119, settimo comma, Cost.). Ne consegue che le Regioni devono garantire percorsi di rientro da eventuali disavanzi, calcolati attraverso il peculiare saldo chiamato «risultato di amministrazione». Tale saldo, muovendo dai limiti all'indebitamento costituzionalmente previsti, obbliga gli enti stessi a recuperare dalle risorse proprie (mediante maggiori entrate o risparmi di spesa) le coperture che sono risultate mancanti nel ciclo di gestione[16].

Riassumendo: l'oggetto principale del giudizio di parificazione del

---

gestione in riferimento a un determinato arco temporale. Per queste ragioni, come si dirà appresso nel testo, la giurisprudenza costituzionale afferma che oggetto del giudizio non è l'atto o l'attività, della Giunta o del Consiglio, bensì, la validazione del risultato di amministrazione, inteso come il saldo che è in grado esprimere in modo sintetico lo stato degli equilibri finanziari, di talché, all'esito del giudizio – avente ad oggetto il "ciclo" sintetizzato dal saldo – possono prodursi, tramite il principio di continuità, effetti indirettamente conformativi sull'ente, ossia obblighi di correzione tramite assestamenti del bilancio di previsione.

[14] Per un esame analitico delle fasi in cui si articola il procedimento (riscontro dei "fatti" contabili, vale a dire controllo della veridicità delle registrazioni periodiche e delle "transazioni" sottostanti, a cui segue l'accertamento "in diritto" della corrispondenza delle registrazioni contabili periodiche ai parametri normativi), cfr. G. Rivosecchi, Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*, ovvero: disvelata natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti*, cit., 1265 ss.

[15] Per il richiamo di tali principi nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte costituzionale 9 gennaio 2018, n. 49, punto n. 3.4 del "Considerato in diritto"; n. 18/2019, punto n. 5.3 del "Considerato in diritto"; n. 235/2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto". In dottrina, cfr. G. Scaccia, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Corte conti*, n. 2/2020, 11 ss.

[16] Sul carattere più stringente del vincolo di bilancio delle Regioni rispetto a quello dello Stato e sui conseguenti limiti all'indebitamento, cfr. S. Pajno, *Principi, regole e clausole generali nel diritto costituzionale del bilancio*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, 146 ss.

rendiconto è costituito dalla verifica dei saldi. È per questo che per le Regioni il risultato di amministrazione – riprendendo le parole della Corte costituzionale – costituisce «l'oggetto principale e lo scopo del giudizio di parificazione» ai fini della «verifica, a consuntivo, degli equilibri di bilancio»[17]. A tali fini, la giurisprudenza costituzionale ha individuato l'ambito e la portata del giudizio indicando puntualmente gli elementi che devono essere contenuti nella legge di approvazione del rendiconto: a) il risultato di amministrazione quale indicatore idoneo a chiarire la situazione economico-finanziaria dell'ente al termine dell'esercizio in modo comparabile a quella dell'anno precedente e a quella che sarà determinata per l'esercizio successivo; b) il risultato della gestione annuale, che consente di imputare le risultanze della gestione stessa agli amministratori in carica; c) lo stato di indebitamento e delle eventuali passività dell'ente applicate agli esercizi futuri, che consente una valutazione dell'andamento pluriennale dei conti[18].

In definitiva, l'oggetto principale del giudizio di parifica dei rendiconti regionali è costituito dalla determinazione del risultato di amministrazione quale saldo che è in grado di misurare il rispetto dell'equilibrio e l'eventuale grado di divergenza da esso. Infatti, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza costituzionale[19], un risultato di amministrazione infedele pregiudicherebbe anche gli esercizi finanziari futuri e, quindi, le stesse politiche di risanamento pluriennali e il conseguimento dell'equilibrio[20].

Dall'esigenza di verificare la correttezza e la sincerità dei saldi (espressione sintetica delle scritture di terzo livello) e la coerenza con gli obiettivi di legge obiettivo discende la necessità che le singole scritture contabili rispondano a requisiti di veridicità, chiarezza, correttezza univocità, e trasparenza (secondo livello) e che queste si basino su titoli in grado di produrre una valida iscrizione in bilancio (primo livello).

---

[17] Così, Corte cost., n. 89/2017, punto n. 3 del "Considerato in diritto", con la quale la Corte costituzionale accoglie la prospettazione della Sezione regionale di controllo rimettente. In dottrina, sulla centralità del rispetto dell'equilibrio economico-finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche, quale oggetto del giudizio di parifica, cfr. C. Chiappinelli, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle Regioni*, in *Riv. Corte conti*, n. 3-4/2016, 517.

[18] Cfr., in particolare, Corte cost., n. 49/2018, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

[19] Al riguardo, si veda Corte cost., n. 181/2015; n. 89 e n. 274/2017; n. 49/2018; n. 18/2019; n. 235/2021.

[20] Al riguardo, cfr. C. Bergonzini, *Trasparenza e veridicità dei bilanci*, cit., 515 ss.

In questa prospettiva, l'accertamento della veridicità e della legittimità dei conti espletato in sede di parifica non può non interessare incidentalmente la legittimità del titolo legislativo che ha generato la posta di spesa, al fine di accertare la conformità a Costituzione delle disposizioni contenute nel bilancio o nelle leggi di spesa che hanno consentito l'accertamento o l'impegno delle poste successivamente rendicontate[21].

Nel contesto normativo e giurisprudenziale sopra ricostruito, l'accesso alla giustizia costituzionale in sede di parifica non risponde tanto all'esigenza di evitare la formazione di "zone franche" dal controllo di costituzionalità da cui segue il riconoscimento dalla natura di giudice «ai limitati fini» del promovimento della questione sin dalla "storica" sentenza n. 226 del 1976[22], ma discende dalla stessa struttura del giudizio di parifica, dai suoi elementi costitutivi e dai presupposti soggettivi e oggettivi[23]. L'essere incardinato davanti a un organo del potere giudiziario; l'essere basato soltanto sulla rigorosa applicazione ad un caso concreto di parametri esclusivamente normativi; il produrre decisioni emanate con modalità che rispettino il principio del contraddittorio, inteso quale precetto vincolante e pienamente realizzato mediante l'impugnabilità delle decisioni stesse[24].

---

[21] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Il giudizio di parificazione dei rendiconti e l'accesso alla giustizia costituzionale* (1° dicembre 2021), in *Federalismi.it*, n. 27/2021, 143 ss.

[22] Sin da Corte cost., n. 226/1976, spec. punti n. 2 e n. 3 del "Considerato in diritto", che affermò la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo soprattutto in ragione della richiamata esigenza di illuminare le "zone buie" dal controllo di costituzionalità delle leggi. Il riconoscimento della natura di giudice «ai limitati fini» del promovimento della questione di legittimità costituzionale non ha avuto peraltro seguito da parte del giudice contabile (cfr. R. Bin, C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, ESI, 2006, 231), salvo in rarissimi casi (cfr. n. 384/1991, punto n. 2 del "Considerato in diritto"), mentre tale via di accesso alla giustizia costituzionale avrebbe potuto costituire strumento particolarmente incisivo di controllo dei conti pubblici poiché il magistrato contabile potrebbe denunciare in sede di apposizione del visto sugli atti del Governo tutte le leggi presupposte viziate per difetto di copertura, senza scontare, tra l'altro, il limite di assicurare la sindacabilità delle leggi soltanto a consuntivo dell'esercizio finanziario, quando, cioè, gli effetti contabili e amministrativi dell'eventuale lesione dell'art. 81 Cost. si sono già consumati, come invece accade quando la Corte dei conti solleva la questione in sede di giudizio di parificazione.

[23] Cfr. A. Cardone, *Legittimazione al promovimento della questione di costituzionalità e natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti regionali*, in *Giur. cost.*, n. 5/2020, 2592 ss.

[24] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Il giudizio di parificazione dei rendiconti*

La combinazione di tali elementi realizza le condizioni ai fini dell'ampiamento della rilevanza e dell'incidentalità per il promovimento di questioni di legittimità costituzionale[25].

Non è certamente un caso che il principio della ricorribilità delle decisioni di parifica delle Sezioni regionali – decisivo ai fini dell'attrazione del procedimento nell'alveo della giurisdizione – sia stato affermato dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 39 del 2014, ove si legge che tali «pronunce […] possono […] ledere le situazioni giuridiche soggettive», e, quindi, deve essere assicurata «la garanzia della tutela dinnanzi al giudice assicurata dal fondamentale principio dell'art. 24 Cost.», sicché «[r]esta […] in discussione, non già l'*an*, ma soltanto il *quomodo* di tale tutela»[26].

Da quanto sin qui detto segue che può essere necessario per il magistrato contabile verificare preliminarmente la conformità a Costituzione di disposizioni di legge presupposte o conseguenti ai titoli di spesa del rendiconto al fine di consentire al giudice di validare o meno il rendiconto[27].

---

e l'accesso alla giustizia costituzionale, in *Scritti in onore di Aldo Carosi*, a cura di G. Colombini, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 816 ss.

[25] In questi termini, cfr. A. Cardone, *Legittimazione al promovimento della questione di costituzionalità e natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti regionali*, cit., 2592, secondo il quale «all'ampliamento della rilevanza, e dunque dell'incidentalità, […] corrisponde una tendenza alla giurisdizionalizzazione in senso proprio del giudizio di parifica, perché, al di là della ricorrente affermazione per cui il medesimo è giurisdizione solo "ai limitati fini" della promovibilità della questione, le condizioni della legittimazione a instaurare il giudizio incidentale vengono in concreto individuate nei caratteri propri del giudizio come espressione della giurisdizione, ossia nei canoni oggettivi di esercizio della funzione giurisdizionale (l'essere basato solo su norme, il produrre decisioni impugnabili, l'informarsi al principio del contraddittorio)». Quanto detto spiega e giustifica perché, nelle sedi di controllo diverse dai controlli di legittimità-regolarità dei conti, la Corte costituzionale continui a negare la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità (cfr., ad esempio, Corte cost. n. 335/1995 e n. 37/2011). Infatti, in tali sedi, si esplica un'attività di controllo svolta nell'esclusivo interesse degli enti destinatari e, quindi, in quanto rivolta a stimolare processi di auto-correzione, essa risulta strutturalmente inidonea all'accesso in via incidentale alla giustizia costituzionale.

[26] Corte cost., n. 39/2014, punti n. 6.3.4.3.3 e n. 6.3.9.8 del "Considerato in diritto".

[27] In dottrina, ad esempio, M. Cecchetti, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale* (16 dicembre 2020), in *Federalismi.it*, n. 34/2020, 53 ss.; F. Guella, *Leggi regionali in competenze altrui ma spendendo risorse proprie? Perché occorre che la Corte costituzionale sia sollecitabile dalla magistratura contabile, in sede di parificazione, per poter ricordare che l'avanzo di*

Attraverso diverse fasi storiche[28], la giurisprudenza costituzionale, in particolare nelle sentenze n. 81 del 2017, n. 196 del 2018, n. 157 e n. 189 del 2020, è giunta a delineare un vero e proprio "*test* di giurisdizionalità" ai fini della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità, successivamente confermato[29] e sintetizzabile nei seguenti termini: a) applicazione di parametri normativi, tenendo conto che «l'esito del procedimento è dicotomico nel senso di ammettere od escludere dalla parifica le singole partite di spesa e di entrata che compongono il bilancio»; b) «giustiziabilità del provvedimento in relazione a situazioni soggettive dell'ente territoriale coinvolte» assicurando la ricorribilità entro i termini previsti – altrimenti la pronuncia è *definitiva* – delle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo davanti alle Sezioni riunite in speciale composizione; c) «pieno contraddittorio sia nell'ambito del giudizio di parifica esercitato dalla Sezione regionale sia nell'eventuale giudizio ad istanza di parte, qualora quest'ultimo venga avviato dall'ente territoriale cui si rivolge la parifica», assicurando, in entrambe le ipotesi, «il coinvolgimento del pubblico ministero a tutela dell'interesse generale oggettivo della regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente territoriale»[30].

In tale prospettiva, la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di parifica è stata progressivamente ampliata sia "per oggetto", poiché essa riguarda ormai tutte le disposizioni di legge, statale e regionale, che possono alterare gli equilibri di bilancio[31], sia "per parametro", non essendo più limitata alle violazioni dell'art. 81 Cost., ma estesa dapprima ai contrasti con tutte le norme costituzionali sull'equilibrio e sui limiti all'indebitamento degli enti sub-statali (artt. 97, primo comma, e 119 Cost.)[32] e, successivamente, alla violazione dei para-

amministrazione non è un utile di esercizio, in *le Regioni*, n. 4/2019, 1080 ss.; G. Menegus, *«Ceci ce n'est pas une pipe», ovvero sulla "ritrovata" natura giurisdizionale del giudizio di parificazione. Commento a Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione – sentenza n. 20/2021/DELC*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2022, 131 ss.

[28] Cfr. A. Cardone, *Legittimazione al promovimento della questione di costituzionalità e natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti regionali*, cit., 2586 ss.

[29] Cfr. . Corte cost. n. 89/2023; n. 1, n. 9, n. 39 e n. 120/2024.

[30] Cfr. Corte cost. n. 89/2017, punto n. 2 del "Considerato in diritto"; n. 196/2018, punto n. 2.1.1 del "Considerato in diritto"; n. 157/2020, punto n. 2 del "Considerato in diritto"; n. 189/2020, punto n. 3.2 del "Considerato in diritto".

[31] Cfr. Corte cost, n. 244/1995, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 213/2008, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

[32] Cfr. Corte cost. n. 181/2015, spec. punti n. 6.2 e n. 6.3 del "Considerato in diritto".

metri attinenti al riparto di competenze tra Stato e Regioni, sia pure alle condizioni precisate dalla stessa giurisprudenza costituzionale[33].

È questo il contesto in cui si è giunti al progressivo ampliamento dell'oggetto e del parametro del giudizio di parificazione dei rendiconti delle Regioni, stante l'assimilazione delle leggi di bilancio e di approvazione del rendiconto alle *altre* leggi regionali per effetto del definitivo superamento della teoria della natura meramente formale delle leggi di bilancio e della loro conseguente assoggettabilità al controllo di costituzionalità, affermata *apertis verbis* soltanto dalla sentenza n. 10 del 2016[34].

Inoltre, l'accentuazione della funzione certatoria (e, con essa, della natura giudiziale) della parifica costituisce il riflesso dell'introduzione da parte dei Trattati europei di strumenti di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, da cui segue che i controlli sui bilanci e sui rendiconti degli enti che compongono la c.d. finanza pubblica allargata siano effettuati in base a regole numeriche, secondo quanto previsto dalla direttiva sui quadri di bilancio degli Stati membri[35]. La normativa richiamata ha l'effetto di conferire ai saldi il valore di parametri numerici vincolanti, concordati per evitare "disavanzi eccessivi", da cui discende l'esigenza di assicurare la veridicità dei bilanci e dei conti mediante controlli affidati ad un organo di *audit* e riferibili, appunto, a detti parametri numerici vincolanti individuati nei saldi di bilancio.

In questa prospettiva, la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 sul c.d. pareggio di bilancio costituisce il punto di svolta anzitutto poiché individua il *parametro* normativo del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali che mancava nel quadro costituzionale originario e che viene oggi identificato nell'equilibrio di bilancio come declinato dal legislatore e nella sostenibilità del debito pubblico. Ciò fornisce rinnovato fondamento costituzionale, in uno con l'art. 100 Cost., alla parifica dei rendiconti regionali, inteso come procedimento rivolto all'accertamento dei saldi, secondo quanto previsto anche dal diritto dell'Unione europea in ordine a controlli di legittimità-regolarità dei conti effettivamente basati su regole numeriche[36].

---

[33] Cfr. Corte cost., n. 196/2018, spec. punto n. 2.1.1 del "Considerato in diritto"; n. 138/2019, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 244/2020, spec. punto n. 3.1.1 del "Considerato in diritto".

[34] Cfr. Corte cost. n. 10/2016, punto n. 2 del "Considerato in diritto", nella scia di Corte cost. n. 260/1990.

[35] Cfr. gli artt. 5 e 6 della direttiva 2011/85/2011.

[36] Cfr., ancora, gli art. 5 e 6 della direttiva 2011/85/2011.

I precetti costituzionali e quelli del diritto euro-unitario hanno indotto il legislatore, nel processo di armonizzazione dei bilanci e di verifica dei conti, a determinare il progressivo ampliamento dei "fatti", vale a dire dell'oggetto degli accertamenti contabili e della stessa struttura dei rendiconti delle Regioni[37], e dei "materiali" normativi rilevanti[38], creando conseguentemente i presupposti per l'allargamento del *thema decidendum* del giudizio di parifica[39].

Quanto sin qui detto è riferibile al procedimento che esita nella «decisione di parifica» da tenere distinta rispetto alla «relazione allegata»[40]. Fondata sulle norme che disciplinano il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali[41], tale distinzione ha trovato sviluppo nelle prassi più recenti, anche se attraverso moduli procedurali non sempre omogenei seguiti dalle diverse Sezioni regionali.

Si deve quindi distinguere, da un lato, la «decisione» che ha ad oggetto i risultati della gestione posti a raffronto con i parametri normativi, con la quale viene accertata la regolarità o l'irregolarità del rendiconto, con effetti – come si avrà modo di chiarire – *indirettamente conformativi* nei confronti del legislatore regionale[42], «nel senso di ammettere o escludere dalla

---

[37] Cfr. l'art. 63 del d.lgs. n. 118 del 2011, successivamente modificato dal d.lgs. 126 del 2014.

[38] Cfr. l'art. 39 del r.d. n. 1214 del 1934.

[39] Al riguardo, cfr. B.G. Mattarella, *Il giudizio di parificazione dopo 150 anni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2020, 151 s.

[40] Su tale distinzione, cfr. C. Chiappinelli, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle Regioni*, cit., 509 ss.

[41] Cfr. l'art. 1, comma 5, del d.l. n. 174 del 2012, a tenore del quale «Il rendiconto generale della regione è parificato dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti ai sensi degli articoli 39, 40 e 41 del testo unico di cui al regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214. *Alla decisione di parifica è allegata una relazione nella quale la Corte dei conti formula le sue osservazioni in merito alla legittimità e alla regolarità della gestione e propone le misure di correzione e gli interventi di riforma che ritiene necessari al fine, in particolare, di assicurare l'equilibrio del bilancio e di migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa*. La decisione di parifica e la relazione sono trasmesse al presidente della giunta regionale e al consiglio regionale» (cors. ns.).

[42] Cfr. l'art. 39 del r.d. n. 1214 del 1934 a tenore del quale: «La Corte verifica il rendiconto generale dello Stato e ne confronta i risultati tanto per le entrate, quanto per le spese ponendoli a riscontro con le leggi del bilancio. A tale effetto verifica se le entrate riscosse e versate ed i resti da riscuotere e da versare risultanti dal rendiconto, siano conformi ai dati esposti nei conti periodici e nei riassunti generali trasmessi alla Corte dai singoli ministeri; se le spese ordinate e pagate durante l'esercizio concordino con le scritture tenute o controllate dalla Corte ed accerta i residui passivi in base alle

parifica le singole partite di spesa e di entrata che compongono il bilancio»[43], e, dall'altro lato, la «relazione allegata»[44], con la quale sono invece formulate osservazioni in ordine alla regolarità della gestione al fine di migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa. La «relazione», quindi, ha natura di referto ed è inquadrabile nei controlli rivolti a stimolare "buone pratiche" e processi di auto-correzione nell'impiego delle risorse da parte degli enti destinatari.

Come precisato dalle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti[45], decisione e relazione svolgono «unitariamente quella funzione ausiliaria rispetto all'organo legislativo cui il giudizio di parifica è preordinato», ma tali atti rimangono distinti sotto il profilo dell'oggetto e delle finalità. La «decisione», infatti, essendo ancorata a parametri normativi e avendo struttura dicotomica, accerta il saldo a una determinata data e, quindi, è assimilabile agli effetti di una pronuncia che "fa stato" nei confronti delle parti in ordine ai fatti di gestione e alle informazioni contabili accertate in via definitiva, una volta decorsi i termini di impugnazione davanti alle Sezioni riunite in speciale composizione[46]. Ne consegue che soltanto la «decisione» è ricorribile davanti alle Sezioni riunite in speciale composizione ed è pertanto idonea a delimitare il perimetro di questa speciale giurisdizione della Corte dei conti nella materia della contabilità pubblica[47].

Gli sviluppi procedurali che hanno interessato il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali nella fase più recente hanno consentito di ricondurre tale istituto ai controlli di legittimità-regolarità dei conti, trattandosi di procedimento che: a) è sorretto dalle forme dell'attività con-

dimostrazioni allegate ai decreti ministeriali di impegno ed alle proprie scritture. La Corte con eguali accertamenti verifica i rendiconti, allegati al rendiconto generale, delle aziende, gestioni ed amministrazioni statali con ordinamento autonomo soggette al suo riscontro».

[43] Cfr. Corte cost. n. 89 del 2017, punto n. 2 del "Considerato in diritto". Cfr. anche Corte cost. n. 244 del 2020, punto n. 3.1.1 del "Considerato in diritto".

[44] Cfr. il citato art. 41 del r.d. n. 1214 del 1934.

[45] Cfr. Corte dei conti - Sezioni riunite, n. 27 del 2014 e n. 38 del 2014.

[46] Cfr. Corte cost. n. 89/2017, punto n. 2 del "Considerato in diritto". V. anche Corte cost. n. 196/2018, punto n. 2.1.1 del "Considerato in diritto"; n. 189/2020, punto n. 3.2 del "Considerato in diritto".

[47] Efficacemente, tra le altre, Corte dei conti - Sezioni riunite in sede giurisdizionale in spec. comp., sent. n. 7 del 2022, nonché Corte dei conti - Sezioni riunite in sede giurisdizionale in spec. comp., n. 9 e n. 21 del 2021; n. 2 e n. 9 del 2023.

tenziosa; b) si risolve nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo; c) è assistito dall'intervento del Pubblico ministero contabile nell'interesse della legalità finanziaria e degli interessi finanziari adespoti alla corretta rappresentazione e gestione del bilancio o, se si preferisce, degli interessi "relativamente soggettivi" alla "sana" gestione finanziaria[48]; d) è giustiziabile davanti alle Sezioni riunite in speciale composizione in relazione a situazioni soggettive ritenute lese.

L'impugnazione delle decisioni di parifica della Sezione regionale è infatti ora prevista davanti alle Sezioni Riunite in speciale composizione giusto il disposto dell'art. 11, comma 6, lett. e), del decreto legislativo del 26 agosto 2016, n. 174 (c.d. Codice di giustizia contabile) che affida ad esse la competenza a decidere, tra l'altro, sui giudizi «nelle materie di contabilità pubblica, nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo»[49], mettendo così in rilievo il collegamento tra la funzione di controllo e quella giurisdizionale[50].

Dai più recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituziona-

[48] Riprendendo, da quest'ultimo punto di vista, le riflessioni di Mario Nigro che sembrano ben attagliarsi alla cura dei beni della vita affidati al giudice del bilancio in relazione al plesso complessivo delle funzioni ad esso affidate: cfr. M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7 ss.; nonché Id., *Giustizia amministrativa*, II Ed., Bologna, il Mulino, 1979, 151 ss. Nella stessa prospettiva, si vedano le significative considerazioni di S. Foà, *La giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione. Dalla tradizione cavouriana al dialogo con la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Quaderni della Riv. Corte conti*, Atti del Convegno "Il ruolo della Corte dei conti al servizio della collettività nell'evoluzione delle sue funzioni. 1862-2022. 160 anni dall'istituzione", Torino, 11-12 ottobre 2022, Quaderno n. 2/2022, 135 s., il quale evoca il «mutamento genetico degli interessi diffusi» e la «loro aggiornata collocazione tra gli interessi "relativamente soggettivi"», richiamandosi, oltre all'A. sopra citato (M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 9), anche a M.S. Giannini, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del Convegno, Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, Cedam, 1976, 23 ss.

[49] Cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, n. 44/2017/EL e n. 1/2019/EL, che rafforza il collegamento tra interesse a ricorrere, lesività della delibera di controllo e ambito dei poteri di cognizione assicurando la tutela avverso le deliberazioni delle Sezioni regionali.

[50] Il punto è sottolineato da Corte di cassazione, Sez. Un., sentenza 25 novembre 2016, n. 22645; nonché Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale n. 2 del 2012 e n. 27 del 2014 (nella prospettiva del rafforzamento dei controlli sull'impiego delle risorse di natura pubblica).

le e della Corte dei conti meglio si delineano gli effetti prodotti dalla parificazione dei rendiconti. Come si argomenterà appresso, l'esito del giudizio determina il duplice effetto di conferire certezza giuridica agli accertamenti giuridico-contabili effettuati e di produrre un effetto conformativo non già sulla legge regionale di approvazione del rendiconto, bensì un effetto conformativo *indiretto* nel senso di impegnare l'amministrazione a porre rimedio alle situazioni di irregolarità accertate in sede di assestamento e a provvedere adeguatamente per assicurare il rispetto della copertura[51].

Basti pensare alle sentenze della Corte costituzionale n. 9 e n. 120 del 2024, che hanno accolto questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione e hanno dichiarato costituzionalmente illegittime norme regionali e norme di attuazione dello statuto della Regione siciliana che avevano la pretesa di "spalmare" il rientro dal *deficit* in un periodo da dieci a trenta anni anziché nel triennio di riferimento della programmazione di bilancio. O, ancora, si pensi alla sentenza n. 39 del 2024 che, per la prima volta, ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge regionale di approvazione del rendiconto per contrasto con gli esiti del giudizio di parificazione relativo a *quel* rendiconto: il che significa che la parifica integra il parametro nel controllo di costituzionalità delle leggi regionali. Pertanto, pur non determinando alcun obbligo giuridico a modificare la legge di rendiconto eventualmente *medio tempore* approvata, la decisione di parifica si riflette sugli obblighi di assestamento e sulla legittimità delle coperture previste, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale[52] e della Corte dei conti[53].

Tutto ciò rende il giudizio di parifica dei rendiconti regionali lo strumento di tutela principale del «bene pubblico» bilancio, perché è attraverso il saldo che, a previsione e a rendiconto, la Regione è in grado di «sintetizzare e rendere certe le scelte» allocative[54]. Secondo la giurisprudenza costituzionale il principio di rendicontazione (e quindi la parifica del rendiconto) si collega al circuito democratico-rappresentativo essendo

[51] Corte cost. n. 184/2022; nonché Corte cost. n. 9, n. 39 e n. 120/2024.

[52] Da Corte cost. n. 250/2013 a Corte cost. n. 184/2022.

[53] Si vedano, sia pure su versanti opposti quanto alle norme applicabili al giudizio, Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, sent. n. 20/2021, "Diritto", n. 7.10, e sent. n. 7/2022 e Sezioni riunite in sede di controllo, delib. n. 5/2022, "Diritto", n. 2.10.

[54] Corte cost. n. 184/2016, punto 3 del "Considerato in diritto".

strumentale al principio della responsabilità politica e alla responsabilità di mandato poiché il rendiconto, attribuendo certezza giuridica ai conti e assicurando trasparenza e veridicità delle scritture contabili, consente di verificare come sono state utilizzate le risorse rispetto ai programmi e agli impegni assunti dagli amministratori pubblici[55].

In questo quadro di riferimento, la giurisprudenza costituzionale degli ultimi dieci anni ha edificato una vera e propria *dottrina* dei "controlli-garanzia" di legalità finanziaria, a cui è riconducibile il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali; legalità intesa in senso non statico, bensì dinamico, in quanto accompagna l'intero ciclo di bilancio degli enti, producendo effetti conformativi in esito al controllo-garanzia ad effetti certatori e conformativi[56].

Tale impostazione è da ultimo confermata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2024 che ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni della legge della Regione Molise di approvazione del rendiconto 2020 (legge regionale 4 marzo 2021 n. 6) per difformità dai saldi accertati dalla Corte dei conti nel giudizio di parifica di quello stesso rendiconto generale per l'esercizio finanziario 2020. Tale pronuncia, come si accennava, ha l'effetto di elevare il giudizio di parificazione dei rendiconti a parametro integrativo del controllo di costituzionalità delle leggi regionali, così rafforzando l'effetto conformativo che il giudizio stesso determina sull'autonomia regionale, pur nelle sfere di attribuzioni distinte e non confliggenti rispettivamente spettanti all'autonomia politico-legislativa della Regione e al controllo-garanzia della Corte dei conti[57].

In riferimento al più recente orientamento della giurisprudenza costituzionale, non pare quindi azzardato ragionare di un possibile accostamento degli esiti del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali a

[55] Cfr. Corte cost. n. 18/2019, punto 5.3 del "Considerato in diritto"; n. 4/2020, punto n. 5 del "Considerato in diritto"; n. 115/2020, punto n. 7 del "Considerato in diritto"; n. 80/2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto"; n. 235/2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto"; n. 246/2021, punto n. 6.5 del "Considerato in diritto"; n. 184/2022, punto n. 5.3 del "Considerato in diritto"; n. 9 e n. 39/2024. Sul punto, in dottrina, cfr. M. Luciani, *La "giurisprudenza Carosi"*, in *Scritti in onore di Aldo Carosi*, cit., 577 s.

[56] Per un approfondimento di questa prospettiva, cfr. G. Rivosecchi, Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*, ovvero: disvelata natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti*, cit., 1268 ss.

[57] Cfr. Corte cost. n. 184/2022.

quelli assunti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: Corte EDU) nella giurisprudenza costituzionale, nella fase successiva alle c.d. sentenze "gemelle"[58], beninteso limitatamente al valore parametrico assunto dalle rispettive pronunce nel controllo di costituzionalità delle leggi. Infatti, così come la giurisprudenza della Corte EDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. integra il parametro costituzionale nel controllo di costituzionalità delle leggi ai fini del rispetto degli obblighi internazionali, in maniera non dissimile l'esito del giudizio di parificazione dei rendiconti, per il tramite dei rinnovati artt. 81 Cost., 97, primo comma, e 119 Cost., integra il parametro nel controllo di costituzionalità delle leggi regionali in ordine al rispetto dei precetti dell'equilibrio e della sostenibilità delle finanze pubbliche[59].

Nella prospettiva che si è tentato qui di argomentare, la parificazione dei rendiconti è pertanto idonea a *superare* le tradizionali categorie del controllo preventivo e successivo poiché il controllo sui bilanci non si esaurisce in un controllo puntuale sugli atti, ma ha ad oggetto l'intero ciclo di bilancio: il controllo successivo sui rendiconti, infatti, è collocato "a valle" della gestione annuale, ma, allo stesso tempo, costituisce premessa delle scelte allocative della successiva legge di bilancio o di assestamento e, quindi, conforma la gestione economico-finanziaria successiva[60].

3. *La controversa questione della natura giuridica della parificazione dei rendiconti regionali*

La sopra richiamata duplice "anima" del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali – "decisione" sulla veridicità dei saldi e, al contempo, "referto" ai Consigli regionali – accompagna i più recenti sviluppi procedurali e trova un significativo riflesso nelle tesi sostenute in dottrina in ordine alla natura del procedimento stesso. Da un lato coloro che, valorizzando la «relazione» e tenendo fermo l'ancoraggio del procedimento esclusivamente all'art. 100 Cost., riconducono la parifica ai controlli successivi sulla "sana" gestione ascrivendola alle attività prevalentemente

[58] Corte cost. n. 348 e n. 349/2007.

[59] Cfr. Corte cost. n. 39/2024, spec. punti n. 5.1, 5.2 e 6.1 del "Considerato in diritto".

[60] In questo senso la giurisprudenza costituzionale: cfr., ad esempio, Corte cost. n. 184/2022 e n. 9, n. 39 e n. 120 /2024.

di controllo-referto rivolte a formulare indirizzi, suggerimenti e buone pratiche nell'azione amministrativa la cui adozione è rimessa alla discrezionalità del decisore politico, senza produrre, quindi, effetti conformativi. In questa prospettiva, il richiamo alle «formalità della giurisdizione contenziosa» dell'art. 40 del r.d. 1214 del 1934, lungi dal qualificare la parificazione come attività giurisdizionale, si riferirebbe unicamente alle modalità decisionali del procedimento rivolte a garantire l'attendibilità del risultato deliberativo, non alterando in alcun modo la natura dell'attività[61], pur riconoscendo che «il segmento finale di tale attività si svolge in un contesto di natura giurisdizionale»[62].

Dall'altro lato, coloro che, sulla scorta di autorevole dottrina[63],

[61] Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 421; V. Guccione, *Questioni di costituzionalità, legittimazione, rilevanza: variazioni sul tema con particolare riferimento al giudizio di parificazione*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1969, 229 ss.; G. Cogliandro, *Il procedimento di parificazione del rendiconto generale. Natura giuridica e principio del contraddittorio*, in *Foro amm.*, 1980, 1308; nonché, più di recente, P. Santoro - E. Santoro, *Manuale di Contabilità e finanza pubblica*, Rimini, Maggioli Editore, 2018, 473; P. Santoro, *Le due anime del giudizio di parificazione. L'approccio giustizialista*, in www.contabilita-pubblica.it, 02/05/2018, 3 ss.; Id., *La parificazione dei rendiconti regionali tra controllo e giurisdizione diventa conflittuale*, in *Riv. Corte conti*, n. 2/2022, 5 ss., spec. 8 ss.

[62] Così, C. Chiappinelli, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle Regioni*, cit., 519. Sulla stessa linea ricostruttiva, cfr. A. Brancasi, *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005, 433 ss., spec. 438, il quale sottolinea comunque l'effetto assimilabile a quello di accertamento giudiziale in forza delle garanzie previste dall'art. 40 del T.U. del 1934 che assistono la fase finale del procedimento, sostenendo che il riferimento alle «forme della giurisdizione contenziosa» attribuisce alla parifica «una forza analoga a quella che, nell'ambito della giurisdizione, è riconosciuta al giudicato».

[63] Il riferimento è all'impostazione di G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, Milano, Giuffrè, 1956, 268 ss., secondo il quale l'attività di controllo svolta dalla magistratura contabile si esplica come attività materialmente giurisdizionale e, soprattutto, di S. Galeotti, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1963, 60 ss., secondo il quale nello Stato costituzionale il controllo non costituisce una "quarta" funzione autonoma poiché tale attività si esplica quale contenuto delle tre funzioni tradizionali: così, a titolo di esempio, il controllo amministrativo è svolto da organi amministrativi nelle forme del procedimento amministrativo, il controllo giurisdizionale da organi giudiziari nelle forma del processo e il controllo legislativo da organi legislativi nelle forme del procedimento legislativo (si pensi al procedimento di conversione dei decreti-legge); muovendo da tali assunti, viene individuato un contenuto ampio e articolato della funzione giurisdizionale in relazione agli effetti determinati dalla pronuncia del giudice: ad esempio a contenuto impeditivo/caducatorio oppure di responsabilità, sicché non avrebbe senso contrapporre

cogliendo la rinnovata portata deontica dei parametri costituzionali sul precetto dell'equilibrio e sulla sostenibilità delle finanze pubbliche nel quadro del diritto euro-unitario e aderendo ad una concezione ampia del controllo-garanzia sull'impiego delle risorse[64], tendono a focalizzare il momento centrale della parifica nella "decisione" che per la forma del giudizio a struttura binaria e ad esito dicotomico (parifica/non parifica) produrrebbe effetti immediatamente cogenti e conformativi[65].

Aderendo alla seconda tesi, in riferimento alla parifica si è parlato di procedimento di accertamento di fatti giuridici contabili con effetto di giudicato, sicché esso rivelerebbe una sorta di «osmosi tra funzione di controllo e funzione giurisdizionale»[66], essendo qualificabile come procedimento non «giurisdizionale in senso stretto», ma che «sotto molteplici

---

la funzione di controllo, fondata sull'art. 100 Cost., alla funzione giurisdizionale, fondata sull'art. 103 Cost. In prospettiva non dissimile, sull'attività di controllo-garanzia riconducibile al potere legislativo (e, in maniera corrispondente, al potere esecutivo e al potere giudiziario), v. anche A. Manzella, *I controlli costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1970, *passim*, spec. 61 ss.

[64] Cfr. S. Buscema, *La giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 1969, 216 ss. e 337 s.; A. Bennati, *Manuale di Contabilità di Stato*, XI Ed., Napoli, Jovene, 1987, 502 ss.

[65] In questa prospettiva, pur con diversità di sfumature, M. Cecchetti, *L'insopprimibile esigenza di una "disciplina processuale" per il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, 46, secondo il quale «appare innegabile […] che la funzione di parifica presenti oggi tratti caratterizzanti (per finalità e per effetti) che la rendono per molti versi sostanzialmente assimilabile alla giurisdizione»; F. Sucameli, *Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana. Analisi del sistema giurisdizionale a presidio delle Autonomie e dei diritti attraverso l'unico grado*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, *passim*, spec. 38 ss.; L. Sambucci, *Corte costituzionale e giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti: le insidie del centralismo finanziario e contabile*, in *Forum dei Quad. cost.*, n. 4/2022, 145, secondo il quale «la natura giurisdizionale della parificazione del rendiconto regionale costituisce un dato acquisito all'ordinamento»; G. Rivosecchi, Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*, ovvero: disvelata natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti ed effetti sull'autonomia regionale*, cit., 1257 ss., spec. 1266 ss.; S. Foà – A. Chiarella, *Audiatur et altera pars: "giusto processo" e diritto al contraddittorio nel giudizio di parifica*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2024, 30 ss.; C. Equizi, *Corte dei conti e Costituzione. Contributo allo studio della dimensione costituzionale della funzione di controllo della Corte dei conti*, Torino, Giappichelli, 2024, 188 s.; M. Di Lullo, *Contributo allo studio delle funzioni di controllo della Corte dei conti*, Torino, Giappichelli, 2024, 121 s.

[66] G. Colombini, *I controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali*, in Associazione dei magistrati della Corte dei conti, *La Corte dei conti fra controllo e giurisdizione: quale futuro in Europa?*, Atti del convegno di studi in memoria di Massimo Vari, Roma, Corte dei conti, 1 luglio 2015, 89.

aspetti se ne avvicina»[67]. In prospettiva non dissimile, la parifica dei rendiconti regionali è stata qualificata come procedimento dai «connotati certativi di forza incontrovertibile» derivante da «accertamenti aventi una forza assimilabile a quella della cosa giudicata» espressione di un «sindacato giurisdizionale o paragiurisdizionale»[68]. Sulla stessa linea ricostruttiva altri hanno parlato di procedimento che «esprime al massimo grado la specialità della Corte dei conti», caratterizzato dalla «compenetrazione tra funzioni di controllo e funzioni giurisdizionali»[69]. Analogamente, altri ancora hanno evocato la «dimensione di finanziarizzazione e di giurisdizionalizzazione» della parificazione dei rendiconti[70]. Altri, infine, hanno parlato di «procedimento pienamente giurisdizionale»[71] o ne hanno auspicato, quale diretto riflesso dell'originaria impostazione cavouriana, il riconoscimento «*apertis verbis* [della] *ritrovata* giurisdizionalità»[72], trattandosi di procedimento riconducibile all'alveo dei poteri giurisdizionali a contenuto di controllo con effetti "impeditivi" (cioè caducatori degli effetti illegittimi) sul contenuto informativo del bilancio espresso dai saldi nella materia di "contabilità pubblica" riservata dalla Costituzione al giudice contabile per effetto dell'interpretazione sistematica degli artt. 100 e 103 Cost.[73].

Una peculiare e interessante tesi è stata poi sostenuta in dottrina per assimilare il giudizio di parificazione del rendiconto a una «forma *sui generis* di volontaria giurisdizione»[74], sul rilievo secondo cui quest'ultima sarebbe

[67] D. Centrone, *Il giudizio di parificazione dei rendiconti delle Regioni*, in V. Tenore – A. Napoli, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti. Analisi sistematica di tutte le tipologie di controllo spettanti alla Corte dei conti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 216.

[68] A. Carosi, *Il ruolo della Corte dei conti nella salvaguardia delle regole di bilancio nazionali e comunitarie*, in Associazione dei magistrati della Corte dei conti, *La Corte dei conti fra controllo e giurisdizione*, cit., 45 e 56.

[69] A. Grasso, *Il ruolo della procura nel giudizio di parifica*, in V. Tenore – A. Napoli, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti*, cit., 284.

[70] Così, G. Colombini, *Editoriale*, in *Bilancio, comunità, persona*, n. 1/2021, 5.

[71] F. Sucameli, *La disciplina e i rimedi a tutela dell'equilibrio nel settore sanitario: i controlli amministrativi e la giurisdizione sul bilancio della Corte dei conti*, in V. Tenore – A. Napoli, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti*, cit., 435.

[72] G. Menegus, *«Ceci ce n'est pas une pipe», ovvero sulla "ritrovata" natura giurisdizionale del giudizio di parificazione*, cit., 134 s.

[73] In questa chiave di lettura, cfr. F. Sucameli, *Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana*, cit., *passim*, spec. 42 ss. e 89 ss.

[74] Così, R. Ursi, *Riflessioni sul giudizio di parificazione dei rendiconti regionali*, in *Milan Law Review*, n. 1/2020, 49 ss.

affine all'attività di parificazione, trattandosi di forma giusdicente di accertamento da parte di un'autorità magistratuale terza ed imparziale.

Nondimeno, per altri versi, il giudizio di parificazione non sembra assimilabile alla giurisdizione volontaria sia per la forma sia per la sostanza. Infatti, quest'ultima si connota per l'assenza di litigiosità, si esplica seguendo un procedimento semplificato in camera di consiglio senza ricorrere alla pubblica udienza e si conclude con la pronuncia non già di sentenza, bensì di decreto (artt. 737-742-*bis* c.p.c.). Gli elementi richiamati, che inducono la prevalente dottrina a ricondurre la volontaria giurisdizione ad attività sostanzialmente amministrativa svolta da organi giurisdizionali[75], pur essendo parzialmente riscontrabili in alcune prassi talvolta avvalorate in sede di parifica, non sembrano essere strutturalmente compresenti nel giudizio qui in esame[76]. In esso, infatti, il giudice è chiamato ad accertare in via definitiva fatti giuridico-contabili in relazione a valori costituzionalmente rilevanti e potenzialmente antagonisti: da un lato, la Regione, ente esponenziale degli interessi della collettività locale; dall'altro il Pubblico ministero contabile, rappresentante degli interessi dello Stato-ordinamento alla legalità finanziaria a presidio dell'equilibrio della finanza pubblica allargata[77].

La giurisprudenza costituzionale è prevalentemente adesiva alla seconda impostazione sopra richiamata, pur senza risolvere la questione della natura della parifica. Da un lato, la Corte in talune pronunce ha incidentalmente negato che il procedimento di parifica sia assimilabile in senso stretto alla funzione giurisdizionale[78]; dall'altro lato, però, ne

[75] Cfr., in maniera significativa, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Volume I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, Giappichelli, 2014, 22 s.

[76] La giurisprudenza costituzionale ha escluso, sia pure con un *obiter dictum*, che l'attività svolta in sede di giudizio di parifica abbia natura di giurisdizione volontaria: cfr. Corte cost. n. 138 del 2019, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

[77] In questa prospettiva, nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost. n. 89 del 2017, punto n. 2 del "Considerato in diritto"; n. 157/2020, punto n. 2 del "Considerato in diritto". In dottrina, cfr. D. Morgante, *La posizione del pubblico ministero contabile nel giudizio di parificazione del rendiconto*, in *Riv. Corte conti*, n. 2/2019, 66 s., adesivamente richiamata da M. Bergo e M. Cecchetti, *La parifica dei rendiconti regionali quale paradigma per l'individuazione delle "garanzie minime" di tutela degli enti territoriali nei procedimenti di controllo di legittimità-regolarità sui bilanci svolti dalla Corte dei conti*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2022, 119.

[78] Cfr. Corte cost. n. 89/2017, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

ha affermato la natura giurisdizionale per dedurne l'inammissibilità di conflitti di attribuzione tra enti promossi da Regioni che lamentavano un difetto di contraddittorio, sulla base del noto orientamento per il quale è *soltanto* la funzione giurisdizionale a non poter essere censurata, nelle sue modalità di esercizio, mediante il ricorso per conflitto[79].

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, dal canto loro, nelle originarie due occasioni in cui si sono pronunciate (a cui ha successivamente l'ordinanza n. 304 del 2023), non hanno affrontato *direttamente* la questione della natura del giudizio di parifica. Infatti, la Suprema Corte ha dichiarato inammissibili i ricorsi del Procuratore della Corte dei conti presso la Sezione giurisdizionale Regione Liguria, che denunciava l'irragionevolezza dell'istituto – trattandosi, nella prospettazione del ricorrente, di *attività amministrativa* di controllo (e, quindi, insuscettibile di ledere diritti o interessi legittimi la cui tutela è assicurata dagli artt. 24 e 113 Cost.) – e che chiedeva fosse dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione, lamentando poi, in via subordinata, il contrasto delle norme vigenti con i principi del giusto processo per difetto del contraddittorio. A queste domande – formulate, va aggiunto, in un contesto normativo risalente al 2014, molto lontano da quello attuale, in cui, tra l'altro, non era prevista la ricorribilità delle delibere delle Sezioni regionali – le Sezioni Unite non hanno risposto pronunciandosi *direttamente* sulla *natura* del giudizio di parifica, in quanto hanno affermato che, anche nell'ipotesi in cui la parifica sia riconducibile alla funzione giurisdizionale, il denunciato errore processuale non costituisce motivo di ricorso per Cassazione dinanzi alle Sezioni Unite, non essendo – *quel* denunciato errore processuale – questione attinente alla giurisdizione[80]. Anche a voler accedere alla tesi della natura pienamente giurisdizionale del procedimento di parificazione e di quello conclusivo – hanno affermato le Sezioni Unite, non escludendo, quindi, tale ipotesi – il ricorso sarebbe inammissibile «non per il fatto di essere rivolto contro un provvedimento non giurisdizionale, ma perché pur sempre non potrebbe dirsi che i motivi di censura in esso esposti attengono alla giurisdizione», in quanto essi investono *unicamente* le *modalità* di esercizio della funzione, a prescindere dalla sua natura, e «questioni che attengono alla correttezza giuridica del rito processuale»[81].

[79] Cfr. Corte cost. n. 72/2012, punto n. 2.3 del "Considerato in diritto".

[80] Cfr. Corte di cassazione, Sez. Un., sent. 30 ottobre 2014, n. 23072; sent. 25 novembre 2016, n. 22645.

[81] Corte di cassazione, Sez. Un., sent. 30 ottobre 2014, n. 23072, "Diritto", n. 3.3.

La Suprema Corte, quindi, *senza* prendere espressamente posizione sulla natura del giudizio di parifica, ha escluso con articolata motivazione l'ammissibilità dei ricorsi del Procuratore della Sezione giurisdizionale Liguria sia ipotizzando che l'attività di parificazione costituisca espressione della funzione di controllo, da esplicare nelle forme contenziose (tesi che era sottesa al ricorso), sia accedendo alla tesi sulla natura giurisdizionale dell'attività di parifica, che le stesse Sezioni Unite riconnettono al «diritto vivente» della Corte costituzionale (richiamando, in particolare, la sentenza n. 72 del 2012)[82], evidenziando, in ogni caso, a seguito della previsione della ricorribilità delle delibere della Sezione regionale di fronte alle Sezioni riunite in speciale composizione, «l'intento del legislatore di collegare strettamente […] la funzione di controllo a quella giurisdizionale»[83].

Proviamo a "tirare le fila" di quanto sin qui detto.

Di fronte alle lacune di una disciplina assai risalente nel tempo, tutt'ora costituita dagli artt. 39-41 del r.d. n. 1214 del 1934, dottrina e giurisprudenza hanno perseguito soluzioni che fornissero garanzie «minime»[84], in quanto idonee a soddisfare requisiti "minimali" di tutela delle parti pubbliche interessate (Regione e Pubblico ministero contabile). Ciò riflette la consapevolezza che l'accentuazione della natura giudiziale della parifica in tutte le fasi del procedimento ha ormai raggiunto un punto di non ritorno, a seguito del riconosciuto carattere *definitivo* e dell'effetto *conformativo* della pronuncia di accertamento del saldo da parte della Sezione regionale. Tale decisione pare pertanto *equiparabile*, quanto a forma, sostanza ed effetti, a una *sentenza* avente «autorità di cosa interpretata», irretrattabile e definitiva se non impugnata[85], quasi ad indicare una giurisdizione "oggettiva" su limiti/doveri di bilancio a tutela della "sana" gestione per effetto della

[82] Cfr. Corte di cassazione, Sez. Un., sent. 30 ottobre 2014, n. 23072.

[83] Cfr. Corte di cassazione, Sez. Un., sent. 25 novembre 2016, n. 22645, "Diritto", n. 2. Sull'«integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt.100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica», cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in speciale composizione, sent. n. 8/2021.

[84] Così, M. Bergo e M. Cecchetti, *La parifica dei rendiconti regionali quale paradigma per l'individuazione delle "garanzie minime" di tutela degli enti territoriali nei procedimenti di controllo di legittimità-regolarità sui bilanci svolti dalla Corte dei conti*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2022, 117 ss., spec. 119.

[85] Così, S. Foà, *La giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione*, *cit.*,139 (cui appartiene l'espressione virgolettata).

quale il giudice della corretta esecuzione del bilancio è chiamato a comporre interessi costituzionalmente rilevanti veicolati in un procedimento che è officioso e sindacatorio e che prevede la presenza necessaria del Pubblico ministero contabile[86]. Ne consegue l'esigenza di garantire un'adeguata formalizzazione del giudizio di parificazione dei rendiconti, ora ritenendo il procedimento articolato in due fasi (l'una inerente all'attività di controllo, l'altra a quella giurisdizionale), ora ricostruendolo come giudizio in un unico grado, ora inquadrandolo quale espressione di due fasi distinte e sostanzialmente "giurisdizionalizzate".

La stessa giurisprudenza della Corte dei conti, nell'espressione massima dei suoi vertici, non ha assunto orientamenti univoci, anche se la recente sentenza n. 34 del 2024 delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale ha aderito al primo degli orientamenti poco sopra richiamati[87].

Nondimeno, in presenza di uno scarno quadro normativo, come lamentato dalla stessa sentenza n. 34 del 2024[88], si può anticipare che gli orientamenti più recenti della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte dei conti, a seguito delle modifiche dell'ordinamento costituzionale e di quello euro-unitario e dei percorsi conseguentemente seguiti dal legislatore sui controlli di legittimità-regolarità dei conti, hanno progressivamente attratto la parifica dei rendiconti regionali alla funzione di controllo giudiziale/certatorio ad effetti conformativi affidato al giudice della corretta esecuzione del bilancio regionale: una prospettiva che, come si tenterà di argomentare, pur con alcuni *distinguo*, sembra confermata anche dalla recente sentenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale n. 34 del 2024.

4. *Un difficile "banco di prova": le vicende relative ai rendiconti 2019-2020-2021 della Regione siciliana e la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte dei conti*

Dal punto di vista da ultimo evocato, un significativo "banco di prova" per saggiare i più recenti sviluppi del giudizio di parifica è costitu-

[86] Cfr. F. Sucameli, *Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana*, cit., 38 ss.

[87] Cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, spec. "Diritto", n. 5.8 e n. 5.9.

[88] Cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 5.10.

ito dalle vicende relative ai rendiconti degli ultimi anni della Regione siciliana non foss'altro poiché da esse è scaturita una copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte dei conti degli ultimi anni sugli istituti qui in esame.

In estrema sintesi, le vicende richiamate possono essere sintetizzate in tre distinte linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte dei conti e della Corte costituzionale (a cui si aggiunge la sopra citata ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 304 del 2023), relative ai rendiconti della Regione siciliana 2019, 2020 e 2021 che seguono fasi alterne e non sempre lineari. Tali orientamenti, tra l'altro, sono caratterizzati da sovrapposizioni, ritardi e "scavallamenti" tra i diversi esercizi finanziari nella parificazione dei suddetti rendiconti, anche a causa del cospicuo contenzioso che su di essi si è sviluppato.

D'altro canto, non può essere sottostimato che spesso le Regioni a statuto speciale, in ragione delle loro condizioni di particolare autonomia, seguono percorsi differenziati rispetto alle Regioni di diritto comune, anche in ordine al procedimento qui in esame[89].

Al riguardo, occorre tenere conto delle peculiarità del procedimento di parificazione della Regione siciliana. In effetti, secondo lo statuto di autonomia e le relative norme di attuazione, la parifica si esplica – già a livello di Sezioni regionali – in un procedimento articolato in due fasi, in quanto l'art. 2 del decreto legislativo n. 655 del 1948 (Istituzione di Sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana) affida alla Sezione regionale la «*verifica* [del] rendiconto generale della Regione» e l'art. 6 del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 655 prevede che le Sezioni regionali riunite «*deliberano* sul rendiconto». Quanto al riparto delle competenze tra Sezione territoriale e Sezioni riunite siciliane, la lacunosa disciplina delle norme di attuazione stando al suo tenore letterale sembrerebbe suscettibile di diverse interpretazioni, come confermato dagli orientamenti della giurisprudenza delle Sezioni riunite in speciale composizione.

Stando al testo delle disposizioni, alla Sezione territoriale sono affidate le "verifiche" e gli accertamenti quale magistrato istruttore sulla "bozza" preliminare di rendiconto, mentre il collegio giudicante è individuato nelle Sezioni riunite, in quanto chiamate a "deliberare" sul rendi-

[89] Si è già ricordato, ad esempio, che la Regione Val d'Aosta non ha ancora provveduto all'adeguamento delle norme di attuazione al fine di garantire la necessaria sottoposizione al giudizio di parifica del rendiconto generale della Regione.

conto generale, sicché alla Sezione territoriale sarebbe affidata un'attività meramente istruttoria[90]. In alternativa, il tenore letterale delle disposizioni non pare incompatibile ai fini di una ripartizione delle competenze analoga a quella prevista dal decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 riservando, cioè, l'accertamento preliminare alla Sezione territoriale a cui seguirebbe la fase "decisoria" davanti alle Sezioni riunite[91]. A seguire tali presupposti interpretativi, in entrambe le ipotesi sembra che la Sezione territoriale non possa deliberare con effetti vincolanti sui saldi, in quanto questa sembra competenza riservata alla "delibera" delle Sezioni riunite, mentre le "verifiche" affidate alla prima assumono valore prevalentemente istruttorio[92].

Tanto premesso, è possibile, come si diceva, individuare tre diverse linee di sviluppo della giurisprudenza in relazione alla parificazione dei rendiconti rispettivamente relativi alle annualità 2019, 2020, 2021.

Una prima sequenza, relativa al rendiconto del 2019, va dalla decisione di parifica n. 6 del 2021 si estende alla sentenza n. 20 del 2021 delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, da cui scaturiscono due sentenze della Corte costituzionale: a) la sentenza n. 184 del 2022, che ha respinto il ricorso per conflitto tra enti sollevato dalla Regione siciliana, affermando che la parifica costituisce funzione di "controllo-garanzia", idonea a produrre effetti conformativi indiretti sull'autonomia legislativa della Regione, atteso che il giudizio non può essere paralizzato dall'approvazione del rendiconto *medio tempore* con legge in quanto si tratta di sfere autonome e non confliggenti; b) la sentenza n. 233 del 2022 che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma regionale di spesa per l'ammortamento di un mutuo, inserita nel c.d. perimetro sanitario, in quanto, anche se contratto per far fronte al disavanzo sanitario, esso non può essere considerato "spesa sanitaria" e deve pertanto essere coperto a valere sulle risorse del «settore non sanitario, cioè ordinario, del bilancio regionale», senza erodere le risorse incluse nell'apposito "perimetro" posto a garanzia dei livelli essenziali di assistenza (d'ora in poi: LEA) *ex* art. 20 del d.lgs. n. 118 del 2011.

A queste pronunce è seguita la sopra citata ordinanza delle Sezioni

[90] Secondo l'interpretazione avvalorata dalla sentenza della Corte dei conti, Sezioni riunite in speciale composizione, n. 14 del 2023.

[91] Secondo l'interpretazione avvalorata dalla sentenza della Corte dei conti, Sezioni riunite in speciale composizione, n. 4 del 2024.

[92] Cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in speciale composizione, n. 14 del 2023, nonché n. 4 del 2024, "Diritto", n. 26.3.

Unite della Corte di cassazione (ord. n. 304 del 2023), che ha respinto il ricorso promosso dalla Regione siciliana per eccesso di potere giurisdizionale affermando che la citata sentenza n. 20 del 2021 delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione non ha ecceduto dai limiti esterni della sua giurisdizione.

Questa prima sequenza di pronunce si è conclusa con un'ulteriore pronuncia delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione (sent. n. 9 del 2023) che ha accolto il ricorso proposto dalla Procura generale della Corte dei conti avente ad oggetto la delibera di parifica della Regione siciliana, accertando le irregolarità di alcune poste relative al c.d. perimetro sanitario rendicontato nella fase anteriore alle sopracitate sentenze della Corte costituzionale che hanno inciso sulla determinazione del risultato di amministrazione per effetto delle censurare modalità di copertura del mutuo pregresso contratto dalla Regione, con conseguente accertamento dello sviamento da parte regionale delle risorse destinate alla garanzia dei LEA.

Nel frattempo, si avvia la seconda sequenza di pronunce che scaturiscono dalla delibera di parificazione del rendiconto 2020. In quel contesto, viene deferita la questione di massima sul rito applicabile alle Sezioni riunite in sede di controllo che, con delibera n. 5 del 2022, hanno affermato che il procedimento è disciplinato dagli artt. 39, 40 e 41 del T.U. n. 1214 del 1934 di per sé idonei, senza che sia necessario colmare alcuna lacuna normativa, ad assicurare il pieno e tempestivo esercizio della funzione ausiliaria e certativa della Corte dei conti in sede di controllo[93].

Il giudizio di parificazione del rendiconto 2020 è proseguito e la pronuncia è stata successivamente sospesa a seguito del promovimento di due questioni di legittimità costituzionale decise dalle sentenze della Corte costituzionale n. 1 e n. 9 del 2024, che hanno dichiarato costituzionalmente illegittime da un lato norme regionali che prevedevano la copertura finanziaria delle spese per il funzionamento dell'Agenzia regionale per la protezione ambientale (ARPA) a gravare sulle risorse del Fondo sanitario regionale, senza distinguere tra spese costituzionalmente necessarie inerenti al finanziamento dei LEA e spese destinate a prestazioni di natura non sanitaria, e, dall'altro lato, norme regionali e norme di attuazione dello statuto speciale della Regione siciliana che "spalmavano" il rientro dal

[93] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, delib. n. 5 del 2022, spec. "Diritto", n. 3.

deficit su un arco temporale da un minimo di dieci a un massimo di trenta anni, anziché nel triennio di riferimento della programmazione di bilancio, così violando il precetto dell'equilibrio inteso in senso dinamico.

Nelle more della definizione di quel giudizio sospeso – relativo, si ricorda, alla parificazione del rendiconto 2020 – si avvia il giudizio di parificazione del rendiconto 2021 da cui scaturisce una terza sequenza di pronunce. Infatti, avverso la mancata dichiarazione di regolarità di alcune poste contabili contenute in quella decisione di parifica viene proposto ricorso dalla Regione siciliana davanti alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in spec. comp., deciso dalla sent. 4 del 2024 che ha rinviato l'*iter* processuale alle Sezioni riunite siciliane *ex* artt. 129 e 199 del Codice della giustizia contabile, ravvisando incertezze tra chiusura definitiva dell'istruttoria e fase decisoria, tali da pregiudicare i principi generali del contraddittorio e della pubblicità. La pronuncia da ultimo menzionata costituisce probabilmente il punto di maggiore estensione della giurisprudenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione in una duplice direzione: a) affermazione della rilevanza del principio del *contraddittorio*, anche con riguardo al momento del "controllo", e cioè alla prima fase del procedimento di parificazione; b) qualificazione del giudizio di parificazione inteso come giudizio in unico grado, stante la peculiarità della giurisdizione esclusiva delle Sezioni riunite in speciale composizione[94].

Parallelamente, a seguito delle sentenze della Corte costituzionale n. 1 e 9 del 2024 si conclude il giudizio di parificazione sul rendiconto del 2020. Quest'ultimo viene impugnato e, nell'ambito di questo giudizio, viene deferita la questione di massima che conduce alla sentenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale n. 34 del 2024.

Nel contesto della citata sentenza n. 20 del 2021 delle Sezioni riunite in speciale composizione, si inseriscono i due ricorsi per conflitto di attribuzione promossi dalla Regione siciliana: l'uno avverso il dispositivo reso all'udienza del 7 ottobre 2021 dalle Sezioni riunite in speciale composizione e l'altro avverso la successiva sentenza poco sopra richiamata, ritenendo, la Regione ricorrente, che le Sezioni riunite avrebbero dovuto dichiarare l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse per l'intervenuta approvazione *medio tempore* della legge regionale Siciliana n.

[94] In questo senso, cfr. S. Foà, A. Chiarella, Audiatur et altera pars: *"giusto processo" e diritto al contraddittorio nel giudizio di parifica*, cit., 35 ss.

26 del 2021, di approvazione del rendiconto generale della Regione per l'esercizio finanziario 2019 e del rendiconto consolidato dell'esercizio 2019. Nell'assunto della ricorrente, la definizione del giudizio avrebbe determinato la lesione delle attribuzioni costituzionali e statutarie della Regione siciliana.

Nel giudizio di costituzionalità per conflitto tra enti, sia la Regione siciliana sia la Procura generale della Corte dei conti sostenevano: che il giudizio di parifica si esplica in attività ausiliaria alle funzioni legislative di controllo politico dell'assemblea legislativa, sicché neanche le Sezioni riunite in speciale composizione, che giudicano sull'impugnazione di tale peculiare atto, avrebbero potuto proseguire il giudizio in quanto l'atto giudicato avrebbe mutato natura a seguito dell'approvazione con legge del rendiconto, con l'effetto di esaurire la suddetta funzione ausiliaria, ritenendo, quindi, il procedimento di parifica espressione di attività di natura *sostanzialmente amministrativa* su un atto anch'esso amministrativo, ma che partecipa della funzione legislativa. A seguire tale prospettazione, poiché l'atto amministrativo ha assunto *medio tempore* forma legislativa, la sentenza delle Sezioni riunite in speciale composizione n. 20 del 2021 sarebbe stata adottata in assenza del presupposto processuale, così determinando un eccesso di potere giurisdizione, in quanto sarebbe stato invaso il merito insindacabile della discrezionalità politico-legislativa dell'Assemblea legislativa regionale.

I ricorsi per conflitto tra enti, riuniti in un unico giudizio, sono stati decisi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 2022 che ha respinto la prospettazione regionale e quella del Procuratore generale della Corte dei conti e, con essa, la pretesa della Regione ricorrente di affermare l'intangibilità del rendiconto per effetto della sua approvazione con legge nelle more della definizione del giudizio di impugnazione della delibera di parificazione. Il Giudice dei conflitti ha invece ribadito, nella scia di una giurisprudenza consolidata, la «funzione di controllo-garanzia» della parifica che si esplica in un giudizio «ad esito dicotomico (parifica/non parifica)» posto a tutela della legalità costituzionale-finanziaria e che, conseguentemente, «non può arrestarsi per il sopravvenire della legge regionale»[95].

La tesi sostenuta dalla difesa regionale appariva, invero, paradossale perché, lungi dall'affermare la natura ausiliaria del procedimento, avrebbe

[95] Corte cost. n. 184/2022, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto".

attribuito al legislatore regionale il potere di *paralizzare* lo svolgimento del giudizio di parifica e, quindi, della funzione costituzionalmente prevista di riscontro/verifica giuridico-contabile del rendiconto regionale. La Corte costituzionale, invece, ha ribadito che la decisione di parifica non costituisce atto conclusivo dell'attività di controllo che funge da mero presupposto per l'approvazione con legge del rendiconto, bensì esito di un giudizio di accertamento espletato sulla base dell'applicazione di parametri normativi rispetto al quale è preclusa ogni interferenza da parte dell'Assemblea legislativa.

In tal modo, è stata confermata la consolidata giurisprudenza costituzionale in forza della quale «le sfere di competenza della Regione e della Corte dei conti si presentano distinte e non confliggenti»[96], consistendo l'una «nel controllo da parte dell'assemblea legislativa delle scelte finanziarie dell'esecutivo, illustrate nel rendiconto» e, l'altra, «nel controllo di legittimità/regolarità (la "validazione") del risultato di amministrazione e cioè delle "risultanze contabili della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente" […] su cui si basa il rendiconto, alla luce dei principi costituzionali di stabilità finanziaria»[97]. Ne consegue che «la configurazione della decisione di parifica […] induce ad escludere che l'adozione della legge regionale di approvazione del rendiconto da parte dell'assemblea regionale possa costituire ostacolo all'emanazione della decisione con cui si accerta, a seguito dell'impugnativa, la legittimità/regolarità di quei fatti»[98].

Da questo punto di vista, se – tesi che qui si condivide – sussiste e permane il potere giurisdizionale delle Sezioni riunite sulla parificazione del rendiconto regionale *anche* nella fase *successiva* all'approvazione legislativa del rendiconto stesso, il ricorso per conflitto rivolto a contestare l'esercizio di *quel* potere giurisdizionale – che si esplica in *quella* fase delle procedimento e secondo *quelle* modalità normativamente previste – avrebbe potuto essere dichiarato inammissibile per carenza di tono costituzionale in quanto rivolto a censurare il *concreto* esercizio del potere stesso, per quanto la difesa regionale dichiarasse di contestare *in radice* l'esistenza del

[96] L'affermazione è contenuta in Corte cost., n. 72/2012, punto n. 2.2 del "Considerato in diritto" e sostanzialmente ribadita in Corte cost. n. 235/2015 e n. 215 e n. 247/2021; ma v. già, nello stesso senso, Corte cost. n. 121/1966, punto n. 1 del "Considerato in diritto".

[97] Corte cost., n. 184/2022, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto".

[98] Corte cost., n. 184/2022, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto".

potere giurisdizionale nei confronti della ricorrente[99]. La Corte costituzionale, invece, assumendo che quest'ultima fosse la prospettazione della ricorrente Regione siciliana, nel solco dei precedenti[100] ha rigettato le eccezioni di inammissibilità ed è entrata nel merito della questione escludendo qualsiasi forma di illegittima interferenza delle Sezioni riunite rispetto alla sfera di competenza riservata all'autonomia regionale.

Nel far ciò, con la sentenza n. 184 del 2022, la Corte costituzionale viene ad avvalorare la strumentalità della decisione di parifica alla tutela della legalità costituzionale-finanziaria che si esplica in una *specifica* funzione di «controllo/garanzia».

Muovendo dalla sentenza n. 39 del 2014, nella parte in cui – come sopra detto – aveva affermato la garanzia della tutela giurisdizionale sugli esiti dei controlli di legittimità-regolarità dei conti[101], con la sentenza n. 184 del 2022 la Corte costituzionale "chiude il cerchio" e risponde a quella ineludibile esigenza secondo cui qualunque atto di organo magistratuale che comprima la "facoltà di statuire" di un organo del circuito rappresentativo non può eludere il principio supremo dell'art. 24. Cost.

In sintesi, la sentenza n. 184 del 2022 ha motivato l'esito del conflitto attraverso i seguenti passaggi: a) oggetto del giudizio di parifica non è l'atto, né amministrativo, né legislativo, ma i saldi di bilancio; b) il procedimento unitario di parifica si articola in due fasi («controllo» e «impugnativa») che, «in stretto collegamento», complessivamente realiz-

[99] Ciò che, invece, ha indotto la Corte a rigettare le eccezioni preliminari sollevate da parte statale e da parte del Procuratore generale della stessa Corte dei conti: cfr. sentenza n. 184 del 2022, punti n. 4.2 e n. 4.2.1 del *Considerato in diritto*. L'ipotesi dell'inammissibilità è correttamente formulata anche da L. Sambucci, *Corte costituzionale e giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti*, cit., 188.

[100] Secondo i quali «i conflitti di attribuzione innescati da atti giurisdizionali sono ammissibili allorquando è contestata in radice l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del ricorrente e non ipotetici errores in iudicando, valendo, per questi ultimi, "i consueti rimedi previsti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni" (sentenza n. 224 del2019)»: Corte cost., n. 184/2022, punto n. 4.2 del "Considerato in diritto", riprendendo Corte cost., n. 90/2022, nonché n. 107 e n. 235/2015; n. 2 del 2018; n. 22/2020.

[101] Corte cost. n. 39 del 2014, punto n. 6.3.9.8 del "Considerato in diritto", ove si legge che «non può essere esclusa […] la garanzia della tutela dinanzi al giudice assicurata dal fondamentale principio degli artt. 24 e 113 Cost.» restando in discussione «non già l'*an*, ma soltanto il *quomodo* di tale tutela».

zano un «controllo-garanzia» riferibile ad un unico procedimento[102], in quanto affidato un giudice neutrale che svolge la propria attività assistito dalle garanzie delle «forme della giurisdizione contenziosa», quindi, in particolare, nella «previa trattazione in udienza pubblica, con la partecipazione del procuratore generale, in contraddittorio dei rappresentanti dell'Amministrazione»[103], e nell'applicazione di parametri normativi che determinano una decisione sui saldi «"ad esito dicotomico" (parifica/non parifica), cui accede l'eventuale impugnativa, in vista dell'obiettivo di assicurare la conformità dei fatti di gestione rappresentati nel rendiconto al diritto del bilancio e, in specie, ai principi della legalità costituzionale in tema di finanza pubblica»[104]; c) la funzione ausiliaria non riguarda l'organo rappresentativo, ma lo Stato-ordinamento a tutela della «legalità costituzionale-finanziaria»[105].

Riqualificando tale rapporto di ausiliarietà, la Corte ha chiarito che il controllo della Corte dei conti non viene svolto in funzione di una attività legislativa dell'Assemblea (o amministrativa della Giunta), ma a tutela della legalità costituzionale del bilancio, come poi avrebbe confermato con la sentenza n. 39 del 2024, elevando, di fatto, la decisione di parifica, a parametro interposto nel controllo di costituzionalità delle leggi regionali.

Anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con l'ordinanza n. 304 del 2023, hanno affermato che le Sezioni riunite in speciale composizione, proseguendo nel giudizio di impugnazione della parifica nonostante l'approvazione *medio tempore* con legge del rendiconto, non hanno ecceduto dai limiti esterni della loro giurisdizione. La Suprema Corte ha affermato che «oggetto specifico della decisione delle sezioni riunite», in esito al procedimento davanti alla Sezione regionale, «non è […] la legge di approvazione del rendiconto, ma il risultato di amministrazione e cioè i saldi contabili che lo rappresentano in un determinato momento», sicché «la promulgazione della legge regionale di approvazione del rendiconto […] non è idonea a incidere sulla materia del contendere e a costituire un ostacolo all'emanazione della decisione nel giudizio di parificazione del rendiconto»[106].

Parallelamente, nella fase successiva alle sentenze della Corte costi-

[102] Corte cost. n. 184/2022, punto n. 5.1 del "Considerato in diritto".
[103] Corte cost. n. 184/2022, punto n. 5.1 del "Considerato in diritto".
[104] Corte cost. n. 184/2022, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto".
[105] Corte cost. n. 184/2022, punto n. 5.1 del "Considerato in diritto".
[106] Corte di cassazione, Sez. Un., ord. 9 gennaio 2023, n. 304.

tuzionale n. 1 e n. 9 del 2024, riassunto il giudizio di parificazione sul rendiconto del 2020, come sopra detto, quest'ultimo viene impugnato e, nell'ambito di questo giudizio, viene deferita la questione di massima che conduce alla citata sentenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale n. 34 del 2024.

Impregiudicato il tema dell'ammissibilità del deferimento alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della soluzione della questione di massima, la pronuncia citata muove dal presupposto che sia attribuita la funzione nomofilattica alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in quanto intercettata dal segmento del procedimento ascrivibile alla funzione giurisdizionale ai sensi dell'art. 40 del r.d. n. 1214 del 1934 («la Corte delibera […] con le formalità della *sua giurisdizione contenziosa*»)[107]. Da ciò sembrerebbe desumersi che, proprio perché le Sezioni riunite in sede giurisdizionale costituiscono l'*unico* organo di vertice della Corte dei conti a cui è affidata la funzione nomofilattica[108], anche *a prescindere* dalla natura del giudizio di parifica, il procedimento sembrerebbe essere attratto nell'alveo della funzione giurisdizionale non soltanto in riferimento alla fase attivabile su istanza di parte *ex* art. 123 del Codice della giustizia contabile, ma anche, almeno in misura tale da giustificare la competenza nomofilattica, anche con riguardo alle *forme* mediante le quali fornire garanzie adeguate alla fase della deliberazione della Sezione regionale[109].

In estrema sintesi, la sentenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale n. 34 del 2024 conferma l'esigenza di assicurare una *generalizzata giustiziabilità* delle delibere delle Sezioni regionali, *limitatamente* ai controlli di legittimità-regolarità dei conti aventi effetti potenzialmente lesivi sulla sfera giuridica dei destinatari[110]. Da questo punto di vista, la pronuncia si pone nella scia della giurisprudenza costituzionale che, a partire dalla sen-

[107] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 3.1, n. 3.2, n. 3.3, n. 3.4 e, soprattutto, n. 5.1.

[108] Larga parte della motivazione è rivolta a sottolineare che le Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione non possono essere qualificate come organo di vertice della giurisdizione contabile al pari delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale: cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 3.4.1, n. 3.4.2, 3.4.3, 3.5.

[109] Per un approfondimento di questa prospettiva, cfr. G. Rivosecchi, Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*, ovvero: disvelata natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti*, cit., 1302 ss.

[110] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 4.2.2., n. 4.2.3.

tenza n. 39 del 2014, ha ripetutamente affermato che «non sono consentiti ambiti privi di tutela giurisdizionale ogni qualvolta che dall'accertamento delle Sezioni di controllo […] discenda una lesività […] di posizioni giuridicamente protette»[111], così confermando l'effetto conformativo e potenzialmente lesivo dell'autonomia regionale determinato dall'esito del procedimento di parificazione del rendiconto che si svolge davanti alla Sezione regionale, con un considerevole scostamento, anche sotto questo profilo, dalla sopra citata pronuncia dell'organo della nomofilachia del controllo[112].

In secondo luogo, quanto alla qualificazione della natura giuridica della parifica, la sentenza n. 34 del 2024 distingue i due segmenti del procedimento, riconducendo quello che si svolge davanti alla Sezione regionale ai controlli di legittimità-regolarità dei conti e, invece, quello che si svolge in un unico grado davanti alle Sezioni riunite in speciale composizione alla funzione giurisdizionale, sulla base di molteplici argomenti di carattere testuale e logico-sistematico, pur tenendo conto che si tratta di materia – secondo quanto sopra si è tentato di argomentare – di difficile inquadramento rispetto alla quale, anche in ragione delle lacune normative, difficilmente può giungersi a una soluzione univoca, stante la duplice "anima" ("relazione e "decisione") che connota il procedimento.

In particolare, la sentenza n. 34 del 2024 enfatizza la portata delle due pronunce del 2014 e del 2016 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che, invero, secondo quanto sopra argomentato, non sembrano giungere a una soluzione definitiva e l'orientamento assunto da alcune pronunce della Corte costituzionale[113].

Inoltre, quale argomento testuale, è richiamato l'art. 4 del decreto-legge n. 543 del 1996, rubricato «Sezioni riunite in sede non giurisdizionale», che prevede l'incremento del numero minimo dei votanti delle Sezioni riunite della Corte dei conti, «*comprese* quelle di cui all'articolo 40» del T.U. La norma, quindi, includendo il collegio a cui è affidato il procedimento di parificazione, ricondurrebbe tale funzione a quelle espletate dalle «Sezioni riunite in sede non giurisdizionale»[114]. Trattati di argomento, invero, non

[111] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 4.2.2.

[112] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, delib. n. 5 del 2022.

[113] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 5.2, n. 5.5 e n. 5.6.

[114] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024,

irresistibile, in quanto potrebbe osservarsi, per converso, che, proprio perché «*compresse*» quelle a cui è affidato il giudizio di parificazione ai sensi dell'art. 40 del r.d. n. 1214 del 1934, tali Sezioni potrebbero ritenersi non pacificamente riconducibili alle «Sezioni riunite in sede non giurisdizionale» di cui alla rubrica del citato art. 4.

In risposta ai quesiti formulati, la sentenza n. 34 del 2024 ha affermato che: a) la parifica non è esercizio di funzione giurisdizionale e non è un giudizio in senso tecnico-processuale; b) l'art. 40 del r.d. n. 1214 del 1934 si riferisce alle *formalità* della giurisdizione contenziosa con riguardo a quelle che regolano la trattazione in udienza pubblica, la deliberazione delle questioni e la decisione della causa; c) non essendo un giudizio in senso tecnico-processuale, mancano i presupposti soggettivi e oggettivi per applicare alla parifica le norme del Codice di giustizia contabile, pur discostandosi, la pronuncia in esame, dalla delibera n. 5 del 2022 delle Sezioni riunite in sede di controllo quanto alla richiesta di un intervento del legislatore volto ad assicurare la necessaria uniformità del controllo anche in punto di istruttoria e contraddittorio.

5. *Verso una ricomposizione degli orientamenti della giurisprudenza?*

Si tratta ora di comprendere come ricomporre gli orientamenti – come si è visto spesso divergenti – degli stessi organi di vertice della Corte dei conti al fine di trarre principi e regole idonei, in particolare, ad assicurare il rafforzamento dell'istruttoria e del contraddittorio e la necessaria prevedibilità al fine di garantire l'*effettività* della tutela.

In estrema sintesi, è possibile individuare alcuni "punti fermi" desumibili dagli orientamenti della giurisprudenza sopra richiamati.

In primo luogo, il c.d. giudizio di parifica si esplica in un procedimento articolato in due fasi, ma unitariamente rivolto alla funzione di "controllo-garanzia" della legalità costituzionale-finanziaria. Ad una prima fase di controllo ad effetti certatori e indirettamente conformativi sull'autonomia regionale, che si svolge davanti alla Sezione regionale, segue una seconda fase impugnatoria su istanza di parte che si esplica in un giudizio in unico grado davanti alle Sezioni Riunite in speciale composizione, ai sensi dell'art. 11, comma 6, lett. e), del Codice della giustizia contabile, a cui è

n. 34, "Diritto", n. 5.7.

attribuita una giurisdizione esclusiva nelle «materie di contabilità pubblica», con riguardo all'impugnazione delle delibere delle Sezioni regionali in cui esitano i controlli di legittimità-regolarità dei conti che, quindi, lungi dal costituire atti amministrativi di controllo, sono dotate di potenziali effetti impeditivi e lesivi delle posizioni giuridiche degli enti destinatari[115].

In secondo luogo, occorre distinguere "decisione" e "relazione", nel senso che la prima deve essere "autosufficiente", vale a dire idonea ad indicare in maniera esaustiva e adeguatamente motivata il saldo giuridicamente accertato a una certa data e lo stato complessivo delle informazioni contabili della Regione. Ciò poiché è soltanto dalla "decisione" che possono scaturire eventuali impugnazioni ai sensi dell'art. 123 del Codice di giustizia contabile, atteso che la delibera ha effetti potenzialmente lesivi nei confronti dei destinatari.

In terzo luogo, quanto alla "decisione", essendo ancorata a parametri normativi e avendo struttura dicotomica, la delibera della Sezione regionale accerta il saldo a una certa data e, quindi, *a prescindere* dalla natura dell'attività, ha gli effetti di una pronuncia che "fa stato" nei confronti delle parti in ordine ai fatti di gestione e alle informazioni contabili accertate.

In quarto luogo, il giudizio di parificazione ha ad oggetto i saldi come sopra indicato e il ciclo di informazioni in cui consiste il bilancio, sicché ad essere impugnato non è l'atto sottoposto a controllo, bensì l'effetto giuridico conseguente al riscontro dello stato del bilancio. Ne consegue che il giudizio di parifica non si può arrestare per il sopravvenire della legge regionale di approvazione del rendiconto, trattandosi di "controllo-garanzia" della legalità finanziaria capace di produrre effetti conformativi sulla Regione destinataria[116].

In quinto luogo, il criterio della c.d. "doppia perimetrazione", ripetutamente utilizzato dalla giurisprudenza della Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale in spec. comp.[117], è ricavabile dal principio della domanda e consente di individuare la portata e dei limiti del giudizio d'impugnazione *ex* art. 123 del Codice della giustizia contabile: la prima perimetrazione è determinata dalla "decisione" di parifica della Sezione

[115] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 4.2.2., n. 4.2.3.

[116] Tra le tante, cfr. ancora, tra le ultime sentenze, Corte cost. n. 184/2022, n. 1, n. 9, n. 39 e n. 120/2024; e ord. Cass. Sez. Un. n. 304 del 2023.

[117] Tra le tante, Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale in spec. comp., n. 9 e n. 21 del 2021; n. 7 del 2022; n. 2 e n. 9 del 2023; n. 4 del 2024.

regionale (sulla base degli esiti istruttori e delle proposte del magistrato istruttore il collegio decide sulla regolarità o meno del rendiconto ai fini della sua parificazione); la seconda dai motivi di ricorso davanti alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione. Tale ricorso, esattamente come afferma la sentenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale n. 34 del 2024, «può attingere tutta o alcune parti della deliberazione» della Sezione regionale[118]. Si tratta pertanto di un criterio utile a "collegare" in un procedimento unitario di garanzia la fase del controllo a quella giurisdizionale, come già prefigurato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione[119].

Infine, occorre ribadire l'esigenza di assicurare pienezza ed effettività del contraddittorio. La Regione deve essere adeguatamente coinvolta sin dalla fase istruttoria e posta in condizione di contraddire in posizione paritaria rispetto al Pubblico ministero contabile nell'ambito di un procedimento decisorio rivolto al contemperamento di interessi costituzionalmente rilevanti e potenzialmente antagonisti: da un lato, l'autonomia regionale e, dall'altro lato, la legalità costituzionale-finanziaria. Sia la Regione, sia il Pubblico ministero contabile dovrebbero poter fruire, sin dalla fase officiosa, dei necessari elementi informativi per assicurare la pienezza del contraddittorio tecnico e paritario tra le parti pubbliche chiamate in causa in quanto portatrici di interessi costituzionali rilevanti.

6. *Le garanzie necessarie dell'autonomia regionale: tecniche istruttorie e tutela del contraddittorio nella parificazione dei rendiconti regionali*

La questione relativa al dibattito sulla natura del giudizio di parificazione sembra ormai complessivamente superata e «poco appassionante», stante la riconosciuta «definitività del giudizio»[120].

Più utile discutere sul *quomodo* che è il vero tema da affrontare in un contesto complessivo, soprattutto sotto il profilo delle garanzie. Se si ritiene ormai pacifico il carattere indirettamente conformativo della parifica sull'autonomia politico-legislativa della Regione, è dubbio che

[118] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 5.13.

[119] Cfr. Corte di cassazione, Sez. Un., sent. 25 novembre 2016, n. 22645.

[120] Così, B.G. Mattarella, *Il giudizio di parificazione dopo 150 anni*, *cit.*, 151.

possa ritenersi garanzia adeguata il solo potere di impugnativa della deliberazione di controllo nella sede giurisdizionale delle Sezioni riunite in speciale composizione. Occorrerebbe, invece, fornire garanzie adeguate, assimilabili a quelle del "doppio grado", sin dalla fase che si svolge davanti la Sezione regionale. Infatti, la complessità delle questioni tecnico-giuridiche e finanziarie che emergono di fronte alle Sezioni regionali in sede di parifica richiede che esse siano affrontate sin dalla loro fase genetica per assicurare la pienezza del contraddittorio quale garanzia indispensabile nella composizione degli interessi e delle situazioni giuridiche soggettive. Peraltro, la recente tendenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale a configurare il procedimento di parifica alla stregua di un mero "procedimento camerale"[121] sembrerebbe porre le stesse esigenze di tutela del contraddittorio che la giurisprudenza della Corte di cassazione ha affermato per quel tipo di giudizi[122].

Nello scarno quadro normativo di riferimento, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che il contraddittorio deve essere assicurato in tutte le fasi del procedimento, senza però specificare quali siano le garanzie "minime" necessarie. Se «l'accertamento delle irregolarità/illegittimità dei dati contabili oggetto della decisione di parifica […] ha l'effetto di mettere a disposizione dell'ente controllato dati contabili corretti che riflettono le condizioni del bilancio a una certa data»[123], il contraddittorio riveste un ruolo essenziale non soltanto al fine di garantire alla Regione il diritto di "replicare", ma soprattutto per consentire al controllore di accertare correttamente, cioè senza fraintendimenti o lacune, i "fatti" di gestione "a monte" del dato di bilancio.

Tale specifica connotazione finalistica del giudizio di parificazione presuppone un'istruttoria idonea ad accertare la veridicità e la correttezza del dato di bilancio, da intendersi come conformità dei "fatti di gestione" alle norme e ai principi contabili.

Quanto detto comporta che, ai fini dell'istruttoria, gli effetti sul saldo non possono essere ritenuti presunti sulla base della mancanza di contro-

[121] Cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 5.9, n. 5.10 e n. 5.11.

[122] Sulla valorizzazione del principio del contraddittorio nel "procedimento camerale", cfr. Cass., S.U. 30 luglio 1953, n. 2593; Cass., S.U. 2 ottobre 1953, n. 3141; Cass., S.U. 25 novembre 2021, n. 36956. In dottrina, cfr. G. Arieta, *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1039 ss.

[123] Sent. Corte cost. n. 184 del 2022, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto".

deduzioni o di riscontri o di dinamiche di gestione ritenute non rispondenti ai principi della "sana" finanza pubblica, ma occorre verificarne l'effetto "effettivo" sul saldo. Basti pensare, al riguardo, alle sopra richiamate questioni che si sono posto in ordine alla parificazione dei rendiconti della Regione siciliana o a quelle della Regione Molise[124]. In sostanza, non basta un "indizio" di irregolarità, ma occorre verificare la sua evidenza.

In questa prospettiva, assumono valore dirimente le modalità di *concreto* svolgimento dell'istruttoria. Al riguardo, si sono rivelate, ad esempio, particolarmente utili le istruttorie c.d. "incrociate", vale a dire funzionali ad acquisire informazioni e dati anche da soggetti terzi rispetto alla Regione ma a questa collegati, come aventi e/o danti causa. Ciò si è verificato, ad esempio, nella verifica dei rapporti debito/credito tra Regione ed enti terzi, ivi inclusi i Ministeri, i cui esiti incidono sull'accertamento dell'effettiva consistenza della massa attiva e passiva del bilancio.

Inoltre, occorrerebbe assicurare il rispetto del principio del contraddittorio pieno e paritario tra le parti sin dalla fase dell'istruttoria, alla stregua di tutti quei giudizi in cui la fase decisoria, per la sua struttura inquisitoria (che si esplica nel potere del giudice di cercare la prova), pone il problema di assicurare l'anticipazione delle garanzie. Analogamente nel giudizio di parifica, avente, nella sua concretezza, carattere officioso e sindacatorio ed essendo "a struttura camerale", si pongono analoghi problemi di tutela. Ne discende che il contraddittorio si lega indissolubilmente all'istruttoria e che, anzi, il principio del contraddittorio non è da intendersi soltanto come garanzia di difesa, ma anche come vero e proprio "strumento di istruttoria".

Infine, per quanto riguarda l'effettività del contraddittorio tra le parti occorre assicurare la partecipazione al procedimento del Pubblico ministero contabile, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale anche mediante il riferimento dell'art. 40 del T.U. del 1934 alle «forme della giurisdizione contenziosa», da cui – secondo la Corte – discende il necessario coinvolgimento del Pubblico ministero contabile «a tutela dell'interesse generale oggettivo alla regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente territoriale»[125] e a «tutela degli interessi dell'intera collettività alla

[124] Su cui cfr. Corte cost. n. 34/2024. In dottrina, cfr. R. Fava, *Le sentenze di illegittimità costituzionale delle leggi regionali di approvazione dei rendiconti e gli effetti del ciclo di bilancio dell'ente: il caso Molise*, in *Giur. cost.*, n. 4/2024, 1665 ss.

[125] Corte cost. n. 89/2017, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

corretta gestione delle risorse pubbliche»[126], in entrambe le fasi in cui si articola il procedimento a struttura unitaria. Allo stato, quindi, la giurisprudenza costituzionale afferma espressamente la partecipazione del p.m. anche nella fase del controllo. D'altro canto se il Pubblico ministero può contestare la delibera nel termine di trenta giorni dovrebbe essere messo in condizione di prendere parte al procedimento che conduce a quella decisione.

In questa prospettiva, si tratta di individuare procedimenti rivolti a stimolare le amministrazioni destinatarie ad avvalersi dell'istruttoria e del contraddittorio quale specifica forma di garanzia. A tali fini, *de iure condendo* si possono prefigurare due percorsi: o un intervento del legislatore che, introducendo un vero e proprio "rito" del controllo, fornisca un riordino organico dell'intera materia in maniera sistematica, completa ed efficace, come auspicato dalla sentenza delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale n. 34 del 2024[127]; o, in alternativa, la previsione di forme di regolazione del rito mediante delibere di orientamento della Sezione delle autonomie e delle Sezioni riunite in sede di controllo, al fine di fornire linee-guida alle Sezioni regionali per individuare *standard* comuni nella qualificazione dei fatti di gestione.

Sarebbe preferibile un intervento del legislatore per diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, l'effettività della tutela degli interessi potenzialmente antagonisti da comporre nel giudizio di parifica passa per la garanzia della neutralità dell'organo magistratuale a cui è affidato il controllo che può ritenersi tale soltanto se esso opera sulla base di una completa eteronomia, sicché il vero elemento di bilanciamento non può che risiedere in una adeguata e compiuta disciplina *legislativa* delle forme e delle modalità di esercizio della parifica.

In secondo luogo, l'intervento del legislatore consentirebbe di soddisfare le diverse riserve di legge ordinaria e "rinforzata" previste dall'all'art. 5, comma 1, lett. a), della legge costituzionale n. 1 del 2012 quanto alla disciplina delle «verifiche, preventive e consuntive, sugli andamenti di finanza pubblica» e dall'art. 20, comma 2, della legge n. 243 del 2012 per la disciplina delle «forme» e delle «modalità» dei controlli successivi sull'e-

[126] Corte cost. n. 184/2022, punto n. 3.1 del "Considerato in diritto".

[127] Cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sent. 11 dicembre 2024, n. 34, "Diritto", n. 5.10.

quilibrio di bilancio delle Regioni ai fini del rispetto dell'art. 97, primo comma, Cost. quanto al principio di sostenibilità delle finanze pubbliche.

Da questo punto di vista, appare un'occasione mancata il progetto di legge recentemente approvato dalla Camera dei deputati e attualmente all'esame del Senato (A.S. n. 1457, c.d. Pdl Foti), nella parte in cui non prevede alcun intervento di riforma dei controlli sui bilanci e sui rendiconti degli enti territoriali idoneo ad assicurare gli interessi costituzionalmente rilevanti di neutralità, uniformità e tutela delle parti pubbliche interessate nei procedimenti. All'opposto, la menzionata riforma dei controlli non interviene tenendo conto della dimensione oggettiva del controllo sugli atti e sulle gestioni finanziarie, bensì risulta *unicamente* rivolta ad utilizzare la funzione di controllo allo scopo di ottenere l'esenzione della responsabilità per danno erariale[128].

Qualche perplessità suscita anche la recente scelta della Sezione delle autonomie della Corte dei conti di adottare una rinnovata delibera di orientamento sulle parifiche dei rendiconti regionali[129]. In primo luogo, la delibera muove una supposta «netta convergenza» tra la delibera n. 5 del 2022 delle Sezioni riunite in sede di controllo e la sentenza n. 34 del 2024 delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale[130], mentre, come sopra ricostruito, tali pronunce non risultano perfettamente allineate: la seconda accentua la funzione di accertamento giudiziale del procedimento e – soprattutto, per il profilo che qui maggiormente rileva – auspica un intervento del legislatore volto ad assicurare la necessaria uniformità; la delibera n. 5 del 2022, invece, non lamenta alcuna lacuna normativa.

In secondo luogo, la delibera n. 10 del 2025 della Sezione delle autonomie sembrerebbe riproporsi di limitare l'effetto conformativo (almeno indiretto) del giudizio di parifica in caso di scostamento della Regione dagli equilibri e dai saldi di bilancio nella validazione del risultato di amministrazione, sottostimando la portata di alcune pronunce della Corte costituzionale, che hanno riconosciuto effetti certativi e conformativi al "controllo-garanzia", con la conseguenza di limitare la parifica a una «funzione precipua di […] *supporto tecnico* all'assemblea legislativa»[131], enfa-

[128] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Il bastone e la carota. Appunti su una proposta di riforma della Corte dei conti*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2024, 5 ss.

[129] Deliberazione n. 10/SEZAUT/2025/INPR, recante "Linee di orientamento sulle parifiche dei rendiconti generali delle Regioni/Province autonome".

[130] Deliberazione n. 10/SEZAUT/2025/INPR, cit., 1.

[131] Deliberazione n. 10/SEZAUT/2025/INPR, cit., 14 (cors. ns.).

tizzando la portata dei principi internazionali in materia di controllo e di alcune pronunce risalenti della Corte dei conti[132].

Infine, la recente pronuncia della Sezione delle autonomie favorisce la diffusione di metodologie valutative dell'attività gestoria non del tutto in linea con la natura di controllo di legittimità-regolarità dei conti, pur riconosciuta alla parifica dei rendiconti[133]: i controlli "a campione", i raccordi con i controlli interni e con il ruolo dei revisori, ad esempio, appaiono maggiormente sintonici con la dimensione dei controlli sulla gestione amministrativo-finanziaria che con la parifica dei rendiconti regionali, la quale rischierebbe di essere così attratta alla sfera dei controlli amministrativi.

Tali orientamenti meritano alcune precisazioni.

Quanto all'idoneità delle delibere della Sezione delle autonomie e, più in generale, degli atti di c.d. *soft law* a vincolare controllori e controllati, occorre ricordare che, in base alle norme vigenti, le linee-guida della Sezione delle autonomie sono indirizzate agli organi di revisione economico-finanziaria degli enti territoriali ai fini della predisposizione delle apposite relazioni sul conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica (e non già alle Sezioni regionali); o, ancora, sono rivolte ad introdurre determinati *standard* nello svolgimento di taluni segmenti di procedimenti preliminari al controllo-decisione (ad esempio: l'istruttoria sui piani di riequilibrio finanziario dei Comuni).

Occorre distinguere all'interno di una congerie di strumenti che potremmo genericamente definire di *soft law* – pur con tutte le accortezze del caso quando si richiama questa scivolosa categoria – in relazione al grado di vincolatività sia nei confronti dei controllori, sia nei confronti dei controllati. Si tratta di strumenti formalmente sprovvisti di vincolatività, ma che hanno progressivamente assunto un ruolo rilevante nella produzione delle norme e in sede di interpretazione. Il Consiglio di Stato, ad esempio, in alcune recenti pronunce, ha riconosciuto un effetto conformativo alle linee-guida, nei casi in cui esse consentono l'ingresso nell'ordinamento di *standard qualificati*, specie quando riproduttivi di indicazioni provenienti da organismi sovranazionali, ammettendo «un superamento del *continuum* gerarchico delle fonti normative»[134]. Questa potrebbe esse-

[132] Deliberazione n. 10/SEZAUT/2025/INPR, cit., 5 ss.

[133] Deliberazione n. 10/SEZAUT/2025/INPR, cit., 10 s.

[134] Ad esempio: Cons. St., Sez. IV, sent. 6 aprile 2016, n. 1360.

re una delle ragioni per cui la delibera n. 10 del 2025 della Sezione delle autonomie valorizza la portata dei principi internazionali in materia di controllo.

Pur con tutti i profili critici di questo approccio e per quanto esso sia prevalentemente limitato all'integrazione di clausole generali o di concetti giuridici indeterminati, è però difficile relegare il c.d. *soft law* a una dimensione extra-giuridica, sia pure con alcune precisazioni.

Gli strumenti richiamati, pur non essendo fonti del diritto, possono essere di particolare utilità in sede di *interpretazione/applicazione* dei parametri dei controlli, ad esempio per individuare *standard* comuni nella qualificazione dei fatti di gestione rappresentati nei bilanci e nei rendiconti al fine di assicurare la *misurabilità* dei risultati e verificare l'*effettivo* conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica.

Altro problema è se tali strumenti possano vincolare *direttamente* il giudice del controllo. Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha puntualizzato l'efficacia delle delibere di orientamento della Sezione delle autonomie. Le norme che le prevedono – secondo la Corte costituzionale – si limitano ad attribuire a tale Sezione «una funzione nomofilattica in caso di interpretazioni discordanti tra le Sezioni regionali della Corte dei conti» che non attiene alla sfera normativa[135]. Ne consegue che tali delibere non sono idonee a vincolare l'esercizio del potere giurisdizionale delle Sezioni riunite della Corte in speciale composizione di fronte alla quale possono essere impugnati gli esiti dei controlli delle Sezioni regionali[136]. Le questioni di legittimità aventi ad oggetto le norme che prevedono questi istituti sono state dichiarate non fondate, in quanto essi sono stati ritenuti dalla Corte costituzionale non vincolanti nei confronti del controllore e del controllato. L'interpretazione dei fatti di gestione è quindi rimessa all'*autonomia* del magistrato contabile, sin dalla fase del procedimento di parifica che si svolge davanti alla Sezione regionale, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale[137].

Ciò non toglie che le delibere di orientamento della Sezione delle autonomie costituiscano strumenti di particolare utilità per prevenire contrasti interpretativi e per assicurare la necessaria uniformità. Se, invece, si

[135] Corte cost. n. 39 del 2014, punto n. 8.10 del "Considerato in diritto".

[136] Corte cost. n. 4 del 2020, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

[137] Cfr. Corte cost. 39 del 2014, punto n. 8.10 del "Considerato in diritto"; n. 4 del 2020, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

intende assicurare che la funzione di controllo sia svolta secondo criteri che soddisfino ancora di più il valore dell'uniformità, sarebbe necessario – come sopra detto – un intervento del legislatore che introduca un vero e proprio "rito" del controllo. Infatti, non pare possibile riconoscere a tali atti ulteriori effetti vincolanti, in quanto, con riguardo al principio di legalità, essi pongono quesiti complessi. Anche se vincolanti *de facto* (anche per l'autorevolezza del consesso che li adotta), permane un problema di legittimazione all'esercizio di funzioni sostanzialmente normative; se diventano parametro integrativo della funzione di controllo pongono problemi di certezza del diritto, in quanto l'inosservanza del *soft law* non genera conseguenze ed è tendenzialmente non giustiziabile e ciò potrebbe provocare una ridotta tutela delle posizioni giuridiche degli enti destinatari; infine, sono strumenti che favoriscono la "fuga" dalle fonti tipiche per la disciplina dei procedimenti (legge e regolamento).

Tali aspetti critici sono acuiti nell'ambito del diritto del bilancio e del sistema dei controlli, là dove sul rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie nell'approvazione dei bilanci si è storicamente sviluppato il conflitto tra i poteri per il controllo sull'impiego delle risorse. Sin dalle origini la legalità finanziaria è il riflesso del primato del Parlamento nelle scelte allocative e pertanto l'inserimento di parametri dei controlli in fonti secondarie può attenuare questo principio[138].

Tutto ciò si è tradotto in limiti di ordine costituzionale – quelli, appunto, posti a presidio della legalità finanziaria – che dovrebbero segnare una chiara distinzione tra quello che dovrebbe essere collocato nella disciplina *legislativa* dei controlli sui bilanci, cioè in fonti di rango primario, e quello che, invece, può essere collocato in fonti secondarie atipiche, quali i c.d. principi contabili applicati, o "veicolato" da delibere di orientamento e "linee-guida".

D'altro canto, quanto al giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, è la stessa delibera n. 10 del 2025 della Sezione delle autonomie a rilevare la «mancanza di una disciplina positiva delle modalità di svolgimento del procedimento»[139] e a sottolineare le lacune normative, anche con riguardo ai «contenuti della decisione»[140].

---

[138] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007, spec. 221 ss.

[139] Deliberazione n. 10/SEZAUT/2025/INPR, cit., 4.

[140] Deliberazione n. 10/SEZAUT/2025/INPR, cit., 14.

Da quanto detto segue che l'esigenza di uniformare i procedimenti, individuare l'oggetto della decisione e predeterminarne gli esiti ben difficilmente potrà essere conseguita senza un organico intervento del legislatore. Soltanto in questa prospettiva, un'adeguata formalizzazione della fase istruttoria e del contraddittorio avrebbe l'effetto di garantire le parti pubbliche non soltanto nella fase pienamente giurisdizionale che si svolge davanti alle Sezioni riunite in speciale composizione, ma anche in quella affidata alla Sezione regionale al fine di soddisfare quelle necessarie esigenze di prevedibilità e certezza del contraddittorio.

L'analisi condotta ha mostrato che, a seguito dei rinnovati precetti costituzionali sull'equilibrio di bilancio e sulla sostenibilità delle finanze pubbliche, in uno con i principi del diritto dell'Unione europea sui quadri di bilancio degli Stati membri e sulle relative verifiche, si è prodotto un significativo ampliamento dell'oggetto e del parametro del giudizio di parificazione dei rendiconti delle Regioni.

In questo contesto, armonizzazione dei bilanci e costituzionalizzazione del precetto dell'equilibrio costituiscono la premessa del rafforzamento del controllo giudiziale/certatorio ad effetti conformativi costituto dalla parifica dei rendiconti regionali. Quest'ultimo si esplica in un procedimento officioso e sindacatorio e che prevede la presenza necessaria del Pubblico ministero contabile.

Tutto ciò ha condotto al progressivo ampliamento dei "fatti", vale a dire dell'oggetto degli accertamenti contabili, e dei "materiali" normativi rilevanti, in cui possiamo ormai includere il complesso delle fonti di rango costituzionale e legislativo che costituiscono il "diritto del bilancio", creando conseguentemente i presupposti per l'allargamento del *thema decidendum* del giudizio di parifica. Quest'ultimo è ormai esteso alla verifica delle "informazioni contabili" complessive dell'ente territoriale che si esplica in un controllo del rendiconto articolato su più livelli a tutela del bilancio come "bene pubblico" rispetto all'obbligo del rendicontare sintetizzato nel sistema dei "saldi" nei quali si esprimono i risultati della gestione e vengono sintetizzare le scelte allocative dell'ente a cui la parifica conferisce certezza giuridica.

Tutto ciò rende il giudizio di parifica strumento fondamentale di ausilio al circuito democratico-rappresentativo, in quanto funzionale al rafforzamento della responsabilità politica poiché esso, attribuendo certezza giuridica ai conti e assicurando trasparenza e veridicità delle scritture

contabili, restituisce alle Assemblee elettive e alla comunità politica la verifica giudiziale inerente all'impiego delle risorse da parte dei governanti nella realizzazione dei programmi e nella garanzia dei diritti costituzionali.

Abstract

Il contributo prende in esame il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali nei più recenti sviluppi, ponendone in rilievo la crescente complessità a seguito della costituzionalizzazione del precetto dell'equilibrio e dei vincoli europei al governo dei conti pubblici che impongono un accertamento giudiziale delle informazioni contabili dell'ente, trattandosi di giudizio unitariamente rivolto ad assicurare la funzione di "controllo-garanzia" della legalità finanziaria e a restituire alle Assemblee elettive e alla comunità politica la verifica inerente all'impiego delle risorse, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e della Corte dei conti. Tutto ciò, a prescindere dalla questione della natura dell'attività svolta, richiederebbe adeguati bilanciamenti con l'autonomia regionale attorno ad alcuni profili irrinunciabili al fine di garantire l'effettività della tutela delle parti pubbliche e degli interessi costituzionalmente rilevanti e potenzialmente antagonisti coinvolti nel giudizio stesso (Regione, Pubblico ministero contabile, interessi finanziari adespoti alla "sana gestione"): autosufficienza della "decisione" di parifica, distinta dall'allegata "relazione", in quanto avente effetti assimilabili a quelli di una pronuncia che "fa stato" nei confronti delle parti in ordine ai fatti di gestione accertati rispetto ai parametri normativi; criterio della c.d. "doppia perimetrazione", ricavabile dal principio della domanda, che consente di individuare la portata del giudizio d'impugnazione ex art. 123 del Codice della giustizia contabile; valorizzazione della fase istruttoria, anche mediante le c.d. istruttorie "incrociate", vale a dire funzionali ad acquisire informazioni e dati da soggetti terzi rispetto alla Regione ma a questa collegati; pienezza ed effettività del contraddittorio in tutte le fasi del procedimento. A tali fini, de iure condendo viene auspicato un intervento del legislatore rivolto ad introdurre un vero e proprio rito del controllo, in quanto la garanzia della neutralità dell'organo magistratuale e della funzione, da un lato, e dell'autonomia regionale, dall'altro lato, può ritenersi tale soltanto se la Corte dei conti opera sulla base di una completa eteronomia in tutte le fasi del procedimento.

Approval of accounts and regional autonomy

The article examines the equalisation of regional accounts in its most recent developments, highlighting its growing complexity following the constitutionalisation of the principle of equilibrium and the European constraints on the management of public accounts, which require a judicial assessment of the entity's accounting information, because it is a single judgement aimed at guaranteeing the function of "control-guarantee" of financial legality and restoring to the elected assemblies and the political community the control inherent in the use of resources, as confirmed by the jurisprudence of the Constitutional Court, the Court of Cassation and the Court of Auditors. All this, regardless of the nature of the activity carried out, would require an appropriate balance with regional autonomy around certain inalienable profiles to guarantee the effectiveness of the protection of the public parties and the constitutionally relevant and potentially antagonistic interests involved in the judgment itself (Region, Public Prosecutor for Accounting, financial interests affected by sound administration): the autonomy of the "decision" of equalisation, as opposed to the attached "report", in that it has effects similar to those of a decision that "establishes" the status of the parties concerning the administrative facts established with regard to the regulatory parameters; the criterion of the so-called "double perimeter", which can be derived from the principle of the question, which allows to identify the scope of the appeal proceedings under article 123 of the Code of Accounting Justice; the strengthening of the preliminary investigation phase, also by means of the so-called "cross" preliminary investigations, i.e. functional to obtain information and data from third parties with respect to the region but connected to it; full and effective cross-examination at all stages of the proceedings. To these ends, de iure condendo, it is hoped that the legislator will intervene to establish a true and proper rite of control, since the guarantee of the neutrality of the judicial body and function, on the one hand, and of regional autonomy, on the other, can only be considered as such if the Court of Audit operates based on complete heteronomy at all stages of the proceedings.

Alcune considerazioni sui decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali*

di Giuseppe Verde

Sommario: 1. Le disposizioni di attuazione degli Statuti speciali nella giurisprudenza della Corte costituzionale – 2. Gli Statuti speciali e il rapporto con le disposizioni di attuazione: il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale – 3. L'attuazione degli Statuti speciali e il problema del rapporto fra funzioni e risorse – 4. I decreti legislativi di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana nell'esperienza più recente – 5. I decreti legislativi di attuazione dello Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige nell'esperienza più recente – 6. Il richiamo all'art. 3 della Costituzione nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale.

1. *Le disposizioni di attuazione degli Statuti speciali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Nel presente saggio intendo richiamare l'attenzione del lettore sui decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali. Si tratta di uno degli aspetti più caratterizzanti il regionalismo speciale, oggetto di attenzione da parte della dottrina[1] e definito nei suoi tratti operativi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che è tornata, fra il 2023 e il 2024, ad occuparsi della legittimità costituzionale delle disposizioni di attuazione con decisioni che offrono la possibilità di ripensare al rapporto fra lo Statuto speciale e le disposizioni che ad esso provano a dare attuazione.

Nel nostro ordinamento costituzionale il principio autonomistico, come *principio fondamentale* della Costituzione[2], rimanda alle disposizioni

[1]* Contributo non sottoposto a referaggio.

Su cui si v., M. Sias, *Le norme di attuazione degli Statuti speciali. Dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale*, Napoli, 2012; M. Cosulich, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle regioni ad autonomia speciale*, Napoli, 2017; sul punto cfr. il contributo di G. Demuro, *Atti normativi del Governo tra Stato e Regioni*, apparso nel volume *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici,* a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Torino, 2011, 533 ss.; S. Pajno, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, in *Nuove Autonomie*, 3/2018, 377 ss..

[2] Tra i principi in tema di organizzazione costituzionale che concorrono alla defini-

del Titolo V e, tra queste, anche all'art. 116 della Costituzione a detta del quale le Regioni Speciali «*dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale*»[3].

Gli Statuti speciali prevedono che il raccordo istituzionale tra lo Stato e le Autonomie speciali avvenga anche attraverso le disposizioni di attuazione in cui si realizza una particolare forma di collaborazione che chiama in causa il Governo della Repubblica e gli esecutivi regionali. Le disposizioni di attuazione degli Statuti speciali seguono un particolare procedimento di formazione. Tali disposizioni assumono la forma di decreti legislativi adottati dal Governo della Repubblica ed emanati dal Presidente della Repubblica. Ma, prescindendo dal "nome" (decreti legislativi), si tratta di fonti il cui procedimento di approvazione prevede la partecipazione di una Commissione paritetica cui è affidato il compito di affinare e determinare il contenuto sostanziale della disposizione di attuazione. L'aggettivo "paritetica" qui ha un valore politico-costituzionale importante: in essa siedono rappresentanti del governo regionale e dello Stato. È quella la sede in cui si realizza una peculiare forma di raccordo fra Stato e Autonomie speciali.

Tale forma di collaborazione assume un significato particolare nel senso che attraverso il ruolo delle Commissioni paritetiche si rinnoverebbe una specie di "patto" fra le autonomie differenziate e lo Stato che – almeno nelle letture presenti soprattutto nell'ambito di alcune esperienze di specialità – sorreggerebbe la genesi di queste ultime.

Secondo la giurisprudenza costituzionale il c.d. 'principio pattizio' caratterizza i rapporti fra lo Stato e le Regioni speciali che operativamente si trasforma in un vero e proprio metodo di lavoro in quanto il "metodo pattizio" è, per esempio, lo «strumento indefettibile, anche sotto il profilo procedurale, nella disciplina delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali»[4]. In riferimento poi al ruolo della Commissione paritetica di

---

zione di un patrimonio costituzionale europeo si deve tener conto – secondo l'insegnamento di A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 150 ss. – anche del "regime delle autonomie".

[3] Si parla di regionalismo speciale o di autonomie differenziate per riferirsi all'esperienza costituzionale di alcuni territori che per ragioni diverse hanno avuto riconosciuto una forma particolare di autonomia; le Regioni speciali (Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta, Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige) con le Provincie autonome di Trento e Bolzano rappresentano ancora oggi uno dei tratti più originali del regionalismo italiano.

[4] Così, Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2016, n. 188 a detta della quale il

cui allo Statuto speciale della Regione Siciliana, la Corte ha precisato che detta Commissione «è titolare di una speciale funzione di partecipazione al procedimento legislativo, in quanto, secondo la formulazione del citato art. 43, essa 'determinerà le norme' relative sia al passaggio alla Regione degli uffici e del personale dello Stato sia all'attuazione dello statuto stesso. Detta Commissione rappresenta, dunque, un essenziale raccordo tra la Regione e il legislatore statale, funzionale al raggiungimento di tali specifici obiettivi»[5].

La competenza della Commissione paritetica per come da ultimo ricordata non è derogabile, con la conseguenza che altri atti normativi non sono abilitati a definire l'ambito materiale di competenza delle disposizioni di attuazione. Sul punto la Corte costituzionale ha recentemente riaffermato – in riferimento ad una legge regionale siciliana – che né la legge statale né quella regionale possono derogare a quanto previsto dall'art. 43 dello Statuto speciale, in quanto le funzioni statali che si penserebbe di trasferire non possono essere esercitate da altri enti «se non attraverso l'adozione di apposite norme di attuazione statutaria ai sensi dell'art. 43 dello Statuto speciale»[6].

---

metodo pattizio costituisce un principio cardine confermato – oltre che dagli Statuti speciali – anche dalla legge 5 maggio 2009, n. 42 e dal decreto attuativo in tema di federalismo fiscale municipale. Il principio pattizio diviene così uno dei "criteri guida per realizzare il necessario bilanciamento tra le ragioni di salvaguardia delle autonomie speciali, quelle di realizzazione del federalismo solidale e quelle di tutela degli equilibri di bilancio, intesi questi ultimi come riferiti sia alle singole autonomie che al sistema della finanza pubblica allargata".

[5] Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2010, n. 201. Invero sono rari i tentativi del legislatore statale ordinario di intervenire su ambiti riservati alla competenza delle norme di attuazione. Talvolta il legislatore ordinario statale prova a predeterminare il contenuto delle future disposizioni di attuazione. Questo è il caso della legge delega n. 42 del 2009 di attuazione dell'art. 119 della Costituzione la quale, nel far salve le prerogative statutarie, ha previsto che la Commissione paritetica sia affiancata da un apposito tavolo tecnico nel quale avviare un confronto tra Stato e Regione per l'attuazione delle disposizioni relative ai rapporti finanziari, tavolo cui il legislatore affida il compito di elaborare non meglio identificati indirizzi e linee guida. Proprio in riferimento alla legge n. 42 del 2009 la Corte ha avuto così modo di affermare che esiste una sostanziale differenza tra le attività del "tavolo tecnico" e i compiti costituzionali della Commissione paritetica e che soprattutto i documenti che verranno adottati in sede tecnica di confronto Stato-Regione "non possono interferire con le determinazioni delle norme di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana, che rimane riservata alla Commissione paritetica" (Corte costituzionale, sentenza n. 201 del 2010).

[6] Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 2023, n.136, p.4.6 del *Considerato in diritto*.

Rispetto alle determinazioni adottate, nel rispetto di quanto previsto dagli Statuti speciali, dalle Commissioni paritetiche, la Corte ha escluso che il Governo della Repubblica possa «alterare il contenuto sostanziale della disciplina su cui la Commissione abbia già avuto modo di manifestare il proprio parere, tanto più ove tali modificazioni vengano a incidere – come nel caso in esame – sul piano della stessa distribuzione delle competenze tra lo Stato e i soggetti di autonomia»[7]. Proprio per questa ragione ci troviamo di fronte ad un istituto completamente diverso da quello che trova il suo fondamento nell'art. 76 della Costituzione. Gli Statuti speciali attribuiscono in modo permanente al Governo nazionale la possibilità di adottare decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali attraverso un particolare procedimento nel quale è coinvolta la Commissione paritetica. I presupposti del decreto legislativo di attuazione sono la Costituzione e lo Statuto speciale (non esiste alcuna legge delega), ed è a tali fonti che si farà riferimento soprattutto per individuare l'oggetto delle disposizioni di attuazione.

L'intervento della Commissione paritetica non ha carattere vincolante in senso assoluto. È senz'altro obbligatorio, e in considerazione di ciò la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che la Commissione debba sempre «essere posta in grado di esaminare ed esprimere il proprio avviso sugli schemi dei decreti legislativi che il Governo, a conclusione del lavoro preparatorio, si appresta definitivamente ad adottare ai fini dell'attuazione della disciplina statutaria». Il che se conduce ad affermare che il Governo possa apportare, successivamente alla acquisizione del parere «varianti di carattere formale al testo dei decreti», non consente all'Esecutivo «di adottare modificazioni o aggiunte suscettibili di alterare il contenuto sostanziale della disciplina su cui la Commissione abbia già avuto modo di manifestare il proprio parere, tanto più ove tali modificazioni vengano a incidere […] sul piano della stessa distribuzione delle competenze tra lo Stato e i soggetti di autonomia»[8]. La mancata acquisizione del parere costituisce vizio formale del decreto di attuazione e, dunque, ne causa l'illegittimità costituzionale[9], con l'ulteriore precisazione secondo la quale – sul piano processuale – per la Regione o Provincia autonoma interessata «in caso di modifica di norme di attuazione, la lesione della competenza provinciale e

[7] Corte costituzionale, sentenza 14 febbraio 1989, n. 37.

[8] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 1989.

[9] *Ibidem.*

l'interesse al ricorso non derivano tanto dal contenuto della norma modificatrice, quanto dal modo con cui la norma è stata approvata in violazione del procedimento posto a garanzia del ruolo e delle funzioni spettanti […] alla Commissione paritetica»[10]. In dottrina è stato altresì osservato che – ove tale adempimento procedurale venisse a mancare – l'illegittimità costituzionale delle norme di attuazione in questione potrebbe essere evitata solo mediante «l'assenso del Presidente della Regione interessata, che deve prender parte alle relative riunioni del Consiglio dei ministri»[11].

Il ruolo delle disposizioni di attuazione è ulteriormente precisato dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che l'ordinamento pone «una riserva di competenza a favore delle norme di attuazione degli Statuti speciali per la modifica della disciplina finanziaria degli enti ad autonomia differenziata, […] così da configurarsi quale presidio procedurale della specialità finanziaria di tali enti»[12].

Quanto alla collocazione delle norme di attuazione nel sistema delle fonti, esse sono da assimilare agli atti normativi primari per ciò che concerne la possibilità di sottoporle al sindacato di costituzionalità e l'idoneità a soddisfare le riserve di legge previste dalla Costituzione[13].

La disciplina costituzionale avvalora l'idea che le disposizioni di attuazione siano atti normativi dotati di una competenza "separata e riservata" che concettualmente comporta un'immediata valutazione di illegittimità

[10] Corte costituzionale, sentenza 23 aprile 1998, n. 137.

[11] Paladin, *Le fonti del diritto italiano,* Bologna, il Mulino, 1996, 234.

[12] Così, Corte costituzionale, sentenza 19 novembre 2015, n. 238 del 2015; negli stessi termini v., Corte costituzionale, sentenze nn. 71 e 241 del 2012.

[13] Così, Corte costituzionale, sentenza 4 novembre 2004, n. 316 che, in riferimento alle disposizioni di attuazione relative all'art. 23 dello Statuto Speciale in virtù delle quali è stata adottata la disciplina del Consiglio di giustizia amministrater la Regione Siciliana, ebbe modo di precisare che «[…] d'altra parte i citati artt. 4 e 6 del d.lgs. n. 373 del 2003, nel dettare la speciale disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa, non hanno neppure violato, avendo rango primario in quanto norme di attuazione di statuti speciali […], la riserva di legge prevista in materia dall'art. 108 della Costituzione. E di conseguenza i predetti articoli possono anche, come fonti a competenza "riservata e separata" rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica […], introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il "limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale» (al riguardo cfr., Corte costituzionale, sentenze 7 novembre 2001, n. 353, 19 giugno 1998, n. 213 e 137 del 1998; 26 febbraio 1990, n. 85; 23 maggio 1985, n. 160, 18 luglio 1984, n. 212).

costituzionale per le leggi statali e per gli altri atti normativi primari che volessero occuparsi delle materie riservate alle disposizioni di attuazione.

Particolarmente significativo pare a riguardo un ulteriore indirizzo che proviene sempre dalla giurisprudenza costituzionale, a detta della quale «deve […] essere rilevato che le norme di attuazione dello Statuto speciale si basano su un potere attribuito dalla norma costituzionale in via permanente e stabile […], la cui competenza ha 'carattere riservato e separato rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica' […] e pertanto prevalgono, nell'ambito della loro competenza, sulle stesse leggi ordinarie, con possibilità, quindi, di derogarvi, negli anzidetti limiti […]. Le norme di attuazione dello Statuto regionale ad autonomia speciale sono destinate a contenere, tra l'altro, non solo disposizioni di vera e propria esecuzione o integrative *secundum legem*, non essendo escluso un 'contenuto *praeter legem* nel senso di integrare le norme statutarie, anche aggiungendo ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano', con il 'limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale'»[14].

Su tali premesse, la Corte costituzionale ha ancora una volta ribadito che le disposizioni di attuazione «possono anche, come fonti a competenza 'riservata e separata' rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica […], introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale»[15].

È altresì stato riconosciuto alle norme di attuazione una particolare funzione "interpretativa" delle disposizioni degli Statuti speciali, tale dunque da renderle idonee a giocare un ruolo nella conformazione del parametro di costituzionalità. Quanto a quest'ultimo aspetto, deve peraltro essere evidenziato come le disposizioni di attuazione degli Statuti speciali siano sovente utilizzate quale parametro nei giudizi di legittimità costituzionale. Ciò è spiegato – anche nella giurisprudenza costituzionale – con il riferimento alla teoria dell'interposizione normativa: «le norme di attuazione di uno Statuto speciale, ove adottate nei limiti di competenza costituzionalmente fissati al relativo potere, possano integrare il parametro

[14] Corte costituzionale, sentenza n. 353 del 2001.

[15] Corte costituzionale, sentenza n. 316 del 2004.

statutario nella loro qualità di 'norme interposte'»[16].

Un ultimo problema sul quale pare opportuno soffermarsi è quello concernente la sorte delle norme di attuazione a seguito della modifica dello Statuto o di una sua integrale sostituzione. A riguardo, la Corte costituzionale ha affermato, con la sentenza n. 34 del 1974, come sia «proprio […] della natura e funzione strumentale delle norme di attuazione che esse siano destinate a spiegare efficacia sino a che rimarranno in vigore le disposizioni statutarie che esse interpretano o integrano»[17].

2. *Gli Statuti speciali e il rapporto con le disposizioni di attuazione: il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*

Nel precedente paragrafo ho cercato di precisare quale sia il regime giuridico riferibile alle disposizioni di attuazione degli Statuti speciali muovendo dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Non va dimenticato che le disposizioni di attuazione degli Statuti speciali risentono inevitabilmente del valore sostanziale che assume il riconoscimento dell'autonomia differenziata. È chiaro, quindi, che l'attuazione dello Statuto è condizionata da vari fattori che finiscono per caratterizzare il ruolo di ogni regione speciale.

Non deve stupire se a fronte di un'unica previsione costituzionale (art. 116) che legittima la presenza di autonomie differenziate, l'attuazione degli Statuti speciali può assumere significati diversi. Per le grandi Isole è prevalente l'idea che lo sviluppo economico e sociale dei territori debba passare attraverso risorse statali che si pretende debbano essere impiegate in modo autonomo dalle Regioni. Gli Statuti speciali approvati o modificati tra il 1962 e il 1972 sono invece pensati in contesti politico-costituzio-

[16] Corte costituzionale, sentenza 25 maggio 1990, n. 260.

[17] Corte costituzionale, sentenza 13 febbraio 1974, n. 34, secondo cui «con la caducazione o modificazione delle relative norme statutarie, e nei limiti relativi, le norme di attuazione vengono pertanto a perdere efficacia, in dipendenza della loro intrinseca natura". Tale soluzione è stata successivamente confermata dall'ordinanza 27 novembre 1974, n. 270 del 1974 e dalla sentenza 12 gennaio 1977, n. 7. Al contrario, l'effetto appena menzionato non si produce ove le norme di attuazione "non contrastino con il nuovo Statuto o riguardino disposizioni statutarie non recepite nel nuovo e quindi abrogate per disciplina dell'intera materia».

nali molto lontani dalle posizioni che i partiti, prima, e le istituzioni, dopo, assunsero in riferimento al nostro regionalismo all'indomani dell'entrata in vigore del testo costituzionale. La seconda stagione della specialità regionale prevede raccordi istituzionali che perseguono gli interessi economici e sociali legati al territorio, attraverso meccanismi in cui è importante far convergere le politiche statali con quelle regionali.

Certo le due esperienze andrebbero valutate anche in ragione del rapporto che il regionalismo speciale realizza con il principio unitario di cui all'art. 5 della Costituzione. Qui le tensioni registrate nell'ultimo decennio manifestano due diverse interpretazioni dell'autonomia regionale. Nel caso delle Regioni speciali del sud l'esigenza unitaria della Repubblica è un valore indiscutibile anche se essa è finalizzata, nella sostanza, a "chiedere" allo Stato *idee*, *progetti*, *politiche*, e soprattutto *risorse*. Il valore dell'unità svuota l'autonomia dal momento che i soggetti, cui spetta riempire di contenuto la permanente rivendicazione di forme e condizioni particolari di autonomia, non sono in grado di rispondere a questo elementare obbligo costituzionale. Così lo Stato è necessario perché senza di esso non si è in grado di promuovere alcuna forma di sviluppo. Lo Stato è poi essenziale perché attraverso le formule della perequazione e della solidarietà nazionale è l'unico soggetto che può assegnare risorse finanziarie indipendentemente dal fatto che le stesse siano maturate in quel territorio.

Per le Regioni speciali del nord il principio unitario vale nel senso che identifica il soggetto con cui si deve negoziare il valore dell'autonomia regionale e provinciale. In una certa misura l'ambito di estensione dell'autonomia corrisponde all'ammontare delle risorse finanziarie che possono essere destinate al sostegno di funzioni e – come fra un attimo si vedrà – *indipendentemente da quanto previsto dai rispettivi Statuti*. Come è risaputo, i territori in questione hanno capacità economiche profondamente diverse da quelle delle Regioni meridionali. Il gettito fiscale prodotto nelle Regioni speciali del settentrione è legato ad una base imponibile differente da quella che ritroviamo nelle Regioni speciali meridionali. Vi è quindi la forte esigenza che buona parte delle risorse economiche prodotte dal territorio siano assegnate alle Regioni interessate e non utilizzate per ripianare debiti o sanare i bilanci di Regioni non in grado di bene amministrarsi.

Lo strumento che più di ogni altro ha inchiodato le Regioni speciali al loro passato è stato probabilmente quello delle norme di attuazione degli Statuti. Il procedimento bilaterale che prelude alla loro approvazio-

ne ha rappresentato, a seconda dei casi, uno strumento per mantenere (o aumentare) privilegi, o un ostacolo che ha impedito l'allineamento dell'autonomia vissuta nelle Regioni speciali a quella che già caratterizzava le Regioni ordinarie. Sfruttando una espressione già utilizzata da Raimondi nel 2009[18] (per il sistema di giustizia amministrativa presente nella Regione siciliana) si può dire che le norme di attuazione sono a un tempo *privilegio* e *condanna* per le autonomie particolari[19].

Tutto ciò si è reso possibile grazie a quello stesso indirizzo proveniente dalla giurisprudenza costituzionale che ha definito l'oggetto della delega rinvenibile negli Statuti speciali che dapprima si richiamava, secondo il quale, appunto, «le norme di attuazione dello Statuto regionale ad autonomia speciale sono destinate a contenere, tra l'altro, non solo disposizioni di vera e propria esecuzione o integrative *secundum legem*, non essendo escluso un contenuto *praeter legem* nel senso di integrare le norme statutarie, anche aggiungendo ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano»[20]. Da qui la possibilità che le disposizioni di attuazione rechino «una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale»[21].

La giurisprudenza costituzionale nel precisare la natura delle disposi-

[18] S. Raimondi, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, 2009.

[19] Si deve riconoscere che il tema delle norme di attuazione non ha ricevuto l'attenzione che certamente merita; oltre agli ormai classici studi di A. Bracci (*Le norme di attuazione degli statuti per le regioni ad autonomia speciale*, Milano, 1961) e F. Gabriele (*I decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali,* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988), si veda, più di recente, la ricostruzione monografica di M. Sias, *Le norme di attuazione degli statuti speciali: dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale,* cit.

[20] Corte costituzionale, sentenza n. 353 del 2001; sul punto cfr., M. Cosulich, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle regioni ad autonomia speciale*, cit., 133.

[21] Corte costituzionale, sentenza n. 316 del 2004. In dottrina si è sostenuto che «solo quando l'autonomia si "trasforma" in specialità si può spiegare il vero senso dell'intervento delle norme di attuazione. Questo intervento prescinde dal carattere generale o particolare della disposizione statutaria, dalla sua natura *self executing* o meno, dalla sua natura di disposizione a fattispecie più o meno aperta, dal fatto di essere collocata tra le competenze legislative primarie, concorrenti, integrative […] dunque, in linea teorica, non è necessario che una singola e specifica disposizione statutaria costituisca il presupposto per l'attivazione della procedura funzionale all'adozione delle norme di attuazione», così, Sias, *Le norme di attuazione degli statuti speciali: dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale*, cit., 111-112.

zioni di attuazione degli Statuti apre alla possibilità che dette disposizioni anziché configurarsi come meramente attuative della disposizione statutaria in senso stretto, finiscano per interpretare o integrare lo Statuto. Per questa via si apre ad una possibilità: la disposizione di attuazione, approvata secondo un procedimento che marginalizza il Parlamento e le Assemblee legislative regionali interessate[22], può ridefinire gli ambiti dell'autonomia speciale secondo logiche sganciate dalla Costituzione e dagli Statuti speciali.

Il problema è, allora, capire come operi *il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*.

In questo senso è parso utile studiare il contenuto dei decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciale con l'intento di verificare come è destinato ad operare *il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*.

Le considerazioni che seguiranno faranno riferimento a decreti legislativi emanati fra il 2012 e il 2022 e ciò perché nel corso della presente legislatura si registra una forte contrazione della fonte in esame[23]. Non risultano entrate in vigore disposizioni di attuazione per la Valle d'Aosta. Siamo fermi al 2022 per Sicilia (giugno 2022) e Sardegna (ottobre 2022). Due soli decreti legislativi (26 settembre 2023, n. 146 e 9 gennaio 2025, n. 8) per il Friuli-Venezia Giulia finalizzati a micro-interventi normativi di manutenzione di precedenti decreti legislativi. Considerazioni analoghe possono svolgersi anche per il Trentino-Alto Adige dove si registrano 4 decreti legislativi per il 2023 (15 maggio 2023, n. 65; 31luglio 2023, n. 113; 26 settembre 2023, n. 143; e 26 settembre 2023, n.147), e 2 per il 2024 (22 febbraio 2024, n. 26 e 19 aprile 2024, n. 64). Si tratta di decreti legislativi

[22] In due casi, tuttavia, è previsto anche l'intervento del Consiglio regionale: nello Statuto sardo (art. 56) e nello Statuto valdostano (art. 48-bis). La legge "statutaria" della Regione Siciliana 20 ottobre 2020, n. 26, all'art. 15, c. 1 dispone che le deliberazioni della Giunta regionale recanti norme di attuazione dello Statuto stesso, prima di essere trasmesse alla Commissione paritetica, siano sottoposte all'Assemblea regionale, chiamata a esprimere un parere; sul punto cfr., Armanno, *La nuova legge statutaria della Regione Siciliana. Much ado about nothing*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2020, 1313 ss., spec., 1325.

[23] I dati relativi ai decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali muovono dalla banca dati del Dipartimento per gli Affari regionali e le Autonomie (https://www.affariregionali.it/it/aree-tematiche/attivita-delle-commissioni-paritetiche/attivita-delle-commissioni-paritetiche/).

che aggiornano e modificano precedenti decreti legislativi in ambiti di un certo rilievo quali il volontariato e il terzo settore o la disciplina urbanistica e paesaggistica.

I dati della legislatura in corso dimostrano un sensibile rallentamento nell'adozione dei decreti legislativi soprattutto se raffrontati con il periodo precedente.

3. *L'attuazione degli Statuti speciali e il problema del rapporto fra funzioni e risorse*

La ricostruzione delle prassi muove dallo studio delle norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige e dello Statuto della Regione siciliana.

Dall'analisi dei decreti legislativi entrati in vigore fra il 2012 e il 2022, emergono indicazioni che fanno intendere che i contenuti delle disposizioni di attuazione realizzano un rapporto con la Costituzione e con gli Statuti speciali molto particolare. Il problema non è dato dal carattere innovativo-integrativo delle disposizioni di attuazione[24], ma, in particolare, dalla difficoltà di rispettare – secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale – il *limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*[25].

Tra il 2012 e il 2022 si contano 24 decreti legislativi di attuazione dello Statuto speciale della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol. Per la Regione siciliana ne risultano 7. Mi limito a sottolineare il confermarsi di una tendenza che si era già manifesta negli anni precedenti, e che richiama qui il rapporto fra funzioni trasferibili (individuate a partire dalla disciplina statutaria e da quella del Titolo V) e risorse ad esse destinate. Il regime dei due Territori i quali godono di un'autonomia speciale presenta aspetti profondamente diversi così che non è possibile immaginare che tra la Sicilia e il Trentino-Alto Adige l'attuazione dello Statuto posso produrre

[24] In dottrina (M. Cosulich, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle regioni ad autonomia speciale*, cit., 153-154) si afferma che «il decreto legislativo in discorso, lungi dal porsi come strumento per la sola prima attuazione dello Statuto, può essere dunque inteso come realizzazione permanente dell'*autonomia dinamica* della Regione speciale».

[25] Sulla possibilità di prospettare un dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni di attuazione dello Statuto speciale per mancato rispetto del *limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*, si v. Cons. giust. amm. Reg. Sic., ordinanza 12 maggio 2022, n. 566.

i medesimi risultati. Qui la prospettiva da cui muovere è del tutto diversa sia per il numero di cittadini residenti nei due territori e, soprattutto, per le differenze economiche tra i due contesti.

Per la Sicilia le risorse economiche a disposizione della Regione risultano in larghissima parte assorbite da precedenti impegni. Il che significa che non residuano disponibilità che potrebbero sostenere il trasferimento di funzioni. Qualsiasi potestà da assegnare alla regione deve essere sostenuta da una valutazione dei costi e dal contestuale trasferimento delle risorse economiche. In un contesto economicamente depresso è da escludere che il ciclo economico possa produrre un *surplus* di risorse tale da poter giustificare un trasferimento di funzioni non accompagnato da un provvedimento finanziario.

Nell'esperienza della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol il sistema dei rapporti finanziari con lo Stato produce una disponibilità tendenzialmente superiore ai costi da dover affrontare per garantire l'assolvimento delle funzioni già trasferite. Quest'ultima situazione ha fatto sì che a partire dal 2012 il concorso delle Autonomie speciali alle esigenze della finanza pubblica passa attraverso accordi bilaterali. È chiaro che il concorso delle Regioni speciali e delle Province autonome alla finanza pubblica avviene in modo differenziato. Così emerge che la specialità del Nord finisce per avere a disposizione risorse superiori rispetto alle funzioni da svolgere. Quest'ultimo effetto è determinato da un contesto economico florido con un reddito *pro capite* elevato. La partecipazione della Regione al gettito fiscale determina una disponibilità aggiuntiva che mal si concilia con le esigenze perequative di cui all'art. 119 della Costituzione. La tecnica utilizzata per riequilibrare il sistema dei rapporti finanziari tra lo Stato e la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol consiste nell'incrementare le funzioni provinciali ai cui costi si farà fronte con le risorse che il sistema ha reso disponibili. Questa è l'opzione messa in campo a partire dall'art. 1 comma 515 della legge di bilancio per il 2014[26]

[26] Diverso rispetto al passato è ora il concorso delle Autonomie speciali alla finanza pubblica. Infatti, nel 2024 sono stati sottoscritti dei nuovi accordi bilaterali e la legge di bilancio per il 2025 ha aggiornato il contributo delle Autonomie speciali alla finanza pubblica (art. 1, commi 710-724, l. 30 dicembre 2024, n. 207). I singoli accordi bilaterali prevedono poi la restituzione delle risorse ricevute in eccesso rispetto alla perdita di gettito connessa all'emergenza epidemiologica da COVID-19 per il biennio 2020-2021. In aggiunta a ciò, è previsto un ulteriore contributo alla finanza pubblica in attuazione della nuova *governace* economica europea (art. 1, comma 787, l. n. 207 del 2024) a partire dal 2025 fino al 2029.

che, per esempio, affida alle disposizioni di attuazione degli Statuti della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol e della Regione Valle d'Aosta di definire «gli ambiti per il trasferimento o la delega delle funzioni statali e dei relativi oneri finanziari riferiti, in particolare, ai servizi ferroviari di interesse locale per la Valle d'Aosta, alle Agenzie fiscali dello Stato e alle funzioni amministrative, organizzative e di supporto riguardanti la magistratura ordinaria, tributaria e amministrativa, con esclusione di quelle relative al personale di magistratura, nonché al Parco nazionale dello Stelvio»[27]. In questo modo si assicura il concorso delle Autonomie differenziate al riequilibrio della finanza pubblica. A quanto disposto in sede di legge di stabilità per il 2014 (per come modificato dal d.l. 6 marzo 2014, n.16 convertito dalla l. 2 maggio 2014, n. 68) ha fatto seguito il decreto legislativo 7 febbraio 2017, n. 16 che, attraverso l'art. 1 commi 2, 15 e 16, conferma quanto detto in precedenza: la Regione non rinuncia al proprio sistema di finanziamento e consente il trasferimento di funzioni che alleggeriscono le spese del bilancio dello Stato.

Il contributo della Regione in questione alla finanza pubblica dimostra che i rapporti finanziari con lo Stato sono regolati in modo irragionevole in quanto è evidente che essi assegnano ad un determinato territorio più risorse di quelle necessarie per far fronte alle funzioni trasferite. Il correttivo apprestato nelle leggi di stabilità per il 2014 e il 2015 tende a riequilibrare una situazione che – in linea teorica – non si sarebbe mai dovuta realizzare. Il che dimostra che i rapporti finanziari fra lo Stato e Autonomie differenziate sono definiti in modo approssimativo e necessiterebbero di un intervento strutturale di complessivo riequilibrio.

Fin qui si è discusso di funzioni e costi. Ma è da chiedersi: quali funzioni sono trasferibili?

Sul punto il decreto legislativo 7 febbraio 2017, n. 16 non reca alcun riferimento al Titolo V della Costituzione e genericamente richiama lo Statuto speciale senza mai indicare a quale disposizione si intende dare attuazione. Su queste basi non resta che prendere atto che l'individuazione della funzione risponde solo ad un calcolo matematico che muove dalla definizione ad opera della stabilità del *quantum* del concorso regionale alla

[27] La legge di stabilità per il 2015 (l. 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, c. 410) definisce l'importo del contributo alla finanza pubblica in termini di saldo netto da finanziare della regione Trentino-Alto Adige e delle province autonome di Trento e di Bolzano per gli anni 2014-2017.

finanza pubblica a cui segue la determinazione delle funzioni da trasferire[28].

Alla luce di quanto è stato fin qui ricostruito, emerge che il rapporto fra Autonome differenziate e Titolo V conferma le incertezze già conosciute durante la vigenza della disciplina costituzionale originaria. L'insieme dei rapporti è caratterizzato dall'assenza di un unico comun denominatore ed è lo Stato che per il tramite del Governo definisce gli ambiti di potestà riconosciuti alle regioni speciali e alle Province autonome.

La crisi dell'autonomia speciale si manifesta nelle difficoltà di adeguare gli Statuti vigenti al Titolo V della Costituzione. In questo contesto le autonomie differenziate manifestano più di una difficoltà nel ricostruire in termini nuovi e diversi il senso della loro specialità. Si riaffermano le ragioni originarie che giustificarono l'adozione degli Statuti speciali e si confida nelle norme di attuazione come fonte svincolata da un oggetto preciso.

4. *I decreti legislativi di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana nell'esperienza più recente*

In merito al contenuto di alcuni dei decreti legislativi di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana risulta un dato formale: per i decreti esaminati, *la corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto* è assicurata dal richiamo a precedenti decreti di attuazione o dal riferimento alle disposizioni statutarie. In questo senso il rapporto fra Statuto speciale e Titolo V che, alla luce di quanto previsto dall'art. 10 della l.c. 18 ottobre

[28] Sul punto in dottrina è stato affermato che le prassi recenti a cui anche questo scritto ha fatto riferimento possono «generare squilibri sia sul versante della forma di Stato che su quello della forma di governo […] lo *status* costituzionale della fonte – per come è venuto formandosi nella giurisprudenza costituzionale e nei percorsi dottrinali – appare compatibile con i principi cardine del nostro sistema delle fonti solo a patto che la "delega" statutaria alla base delle norme di attuazione venga intesa come limitata o nel tempo, ovvero da un punto di vista materiale. La prima ipotesi è stata senz'altro scartata dalla storia. La seconda formalmente regge nelle affermazioni della giurisprudenza costituzionale maggioritaria, ma nella prassi mostra non pochi segni di cedimento. Come si è visto non si tratta di un fenomeno marginale, e non è certo un caso che le autonomie speciali ritengono particolarmente importante che il loro ordinamento sia presidiato il più possibile da questo strumento», in questi termini S. Pajno, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., spec. 406.

2001, n. 3 avrebbe potuto lasciare immaginare un riferimento a competenze regionali acquisite in ragione della clausola di maggior favore, non realizza nessuna ulteriore rivendicazione da parte della Regione Siciliana.

È ricorrente l'eventualità che il nuovo decreto legislativo promuova un aggiornamento della previgente normativa inserendo la novella nel contesto di un corpo normativo vigente. Questa situazione si è riscontrata nei casi dei decreti legislativi destinati ad aggiornare la disciplina dei rapporti finanziari fra lo Stato e la Regione Siciliana contenuta nel d.P.R. 26 luglio 1965, n. 1074 (d.lgs. 11 dicembre 2016, n. 251; d.lgs. 25 gennaio 2018, n. 16). Considerazioni analoghe possono svolgersi anche per il d.lgs. 29 ottobre 2012, n. 205 in materia di credito e risparmio (che modifica il d.P.R. 27 giugno 1952, n. 1133) e il d.lgs. 24 luglio 2019, n. 70 che interviene in tema di funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana integrando la precedente normativa di attuazione contenuta nel d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373.

Diverso è il caso del d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 222 e del d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 158 (poi modificato da d.lgs.18 gennaio 2021, n. 8). Il decreto del 2015 provvede al trasferimento di funzioni dallo Stato alla Regione in tema di sanità penitenziaria, ed è adottato in attuazione dell'art. 17 lett. b) e c) dello Statuto. L'art. 17 richiama le materie dell'*igiene e sanità pubblica* e dell'*assistenza sanitaria* che ben definiscono l'ambito entro il quale il d.lgs. n. 222 del 2015 è destinato ad operare entro *il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto*.

Se però l'attenzione si rivolge al d.lgs. n. 158 del 2019 (il cui art. 7 è stato modificato dal d.lgs. n. 8 del 2021 e oggetto di ulteriori modifiche nel corso del 2022) emerge una specie di decreto che in un unico atto normativo reca *norme di attuazione dello statuto speciale della Regione siciliana in materia di armonizzazione dei sistemi contabili, dei conti giudiziali e dei controlli*.

Per quel che attiene al rapporto con la fonte statutaria, nelle premesse si fa cenno all'art. 14 lett. g) e all'art. 17 lettere h) e i) dello Statuto. Il raffronto però del contenuto del d.lgs. n. 158 del 2019 con la fonte statutaria evidenzia che la disciplina introdotta per dare attuazione allo Statuto nella sostanza non reca un riferimento preciso a ciò che è disciplinato dai richiamati artt. 14 e 17.[29]

[29] La materia statutaria che per la parte espressamente richiamata nel d.lgs. n. 158 del 2019 attiene ai *lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse nazionale* (art. 14 lett. g), all'*assunzione di pubblici servizi* (art.17 lett. h) o a *tutte le materie che implicano servizi*

I richiami contenuti nel d.lgs. n. 158 del 2019 a diversi atti normativi statali di livello primario – il cui comune denominatore è quello di aver promosso un adeguamento della stesura dei documenti contabili regionali ad esigenze di maggiore chiarezza e trasparenza (d.lgs. 23 giugno 2011, n. 2018; art. 14 d.lgs. 13 agosto 2011, n. 138; art. 1 d.l. 10 ottobre 2012, n.174; art.32 l. 24 dicembre 2012, n. 234; art. 9 l. 24 dicembre 2012, n. 243) – lasciano intendere che la prospettiva dell'attuazione dello Statuto cede il passo alla necessità di apprestare una disciplina che consenta di approvare un bilancio regionale. Le esigenze politiche del momento consentono così di rinviare a domani ciò che dovrebbe essere pagato oggi. Non si tratta certo di un trasferimento di risorse dallo Stato alla Regione ma di una tecnica un po' tortuosa che consente di superare il rischio di un controllo di costituzionalità sulla decisione legislativa in tema di bilancio regionale[30]. In questo senso il d.lgs. n. 158 del 2019 più che dare attuazione allo Statuto speciale "adegua" gli art. 81 e 97 alle esigenze contabili della Regione Siciliana con scelte discutibili dal punto di vista costituzionale[31]. Le finalità della disposizione di attuazione in questione mi sembrano chiare: consentire una deroga alla disciplina generale da applicare al bilancio regionale. Ne consegue che la norma di attuazione non trova corrispondenza nelle norme statutarie né realizza le finalità di attuazione dello Statuto. Più semplicemente siamo dinanzi ad una deroga che introduce – a mio parere – un trattamento differenziato per consentire l'approvazione del bilancio regionale. Dal mio punto di vista la c.d. specialità regionale non dovrebbe mai tradursi in discipline, in trattamenti giuridici differenziati che derogano alla disciplina generale in tema di decisione di bilancio.

---

di prevalente interesse regionale (art. 17 lett. i). Discorso diverso attiene al Capo VI, art. 6 del d.lgs. n. 158 del 2019 che reca un aggiornamento del d.lgs. 6 maggio1948, n. 655 in merito alle funzioni di controllo della Corte dei conti sugli atti regionali.

[30] Quanto a quest'ultimo aspetto, deve peraltro essere evidenziato come le disposizioni di attuazione degli statuti speciali siano sovente utilizzate quale parametro nei giudizi di legittimità costituzionale. Ciò è spiegato – anche nella giurisprudenza costituzionale – con il riferimento alla teoria dell'interposizione normativa. Al riguardo, si veda in particolare la sent. n. 260 del 1990, nella quale si afferma che «le norme di attuazione di uno Statuto speciale, ove adottate nei limiti di competenza costituzionalmente fissati al relativo potere, possano integrare il parametro statutario nella loro qualità di 'norme interposte'», sul punto A. Pertici, *I decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali come parametro di costituzionalità*, in *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde, Torino, 2000, 497-507.

[31] Sul punto, S.Pajno, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., spec., 406.

La vicenda in questione dimostra che il regime giuridico riferibile alle disposizioni di attuazione degli Statuti speciali – per come ricostruito in apertura di questo scritto in ragione della giurisprudenza costituzionale – si "piega" alle esigenze della politica, così che l'accordo fra gli "esecutivi", con il concorso della Commissione paritetica, determina norme di attuazione prive di collegamento con l'ambito materiale della delega permanente contenuta nello Statuto. A ciò si aggiunga che nel caso di specie è evidente l'intento di sollevare la Regione dal rispetto dell'art. 81 della Costituzione per come applicabile in generale a tutti gli enti che costituiscono la Repubblica. Deve essere rammentato che è precluso alle disposizioni di attuazione degli Statuti speciali derogare alle fonti primarie attuative della disciplina costituzionale degli artt. 81 e 97 della Costituzione[32] e, nella vicenda qui in esame, si evidenzia che senza il benevolo concorso del Governo della Repubblica la Regione non avrebbe potuto godere delle deroghe in tema di contabilità. Ciò sollecita a riflettere su come l'esecutivo nazionale interpreti le proprie funzioni in merito alla approvazione delle disposizioni di attuazione e anche in riferimento al controllo sulla legge regionale e di cui all'art. 127 della Cost.

I profili di illegittimità costituzionale del decreto legislativo n. 158 del 2019 hanno trovato conferma in due decisioni della Corte costituzionale del 2024 (sentenze 26 gennaio 2024, n. 9 e 4 luglio 2024, n. 120).

La questione di legittimità costituzionale – accolta con la sentenza n. 9 del 2024 – è stata sollevata dalla Corte dei conti che, in sede di giudizio di parificazione del Rendiconto generale della Regione Siciliana per l'esercizio finanziario 2020, ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 7 del d.lgs. n. 158 del 2019 in quanto «normativa speciale e derogatoria sul ripiano del disavanzo della Regione …. la materia del ripiano del disavanzo non rientra in nessuno degli oggetti individuati tra gli ambiti dello strumento pattizio»[33]. Il Giudice contabile, nell'esporre le ragioni che sosten-

[32] Questa è la prospettiva da ultimo tracciata – con rigore e completezza – da S. Pajno, *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, in *federalsimi.it*, 7/2023, 206 ss.

[33] Corte dei conti, Sezioni riunite per la Regione Siciliana, Ordinanza 7 febbraio 2023, n. 1, § 3 delle considerazioni in diritto (pag.24 ss.) e § 4 (pag.29 ss.). Dopo la rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte, è intervento il legislatore nazionale che ha inserito all'art. 1 della legge 29 dicembre 2022, n. 197 il comma 841 (subito ribattezzato come "Salva Sicilia") al fine di consentire l'approvazione del bilancio regionale.

gono la rimessione della questione di legittimità costituzionale, rammenta che l'armonizzazione dei bilanci pubblici mira a garantire «l'omogeneità dei sistemi contabili per rendere i bilanci delle amministrazioni aggregabili e confrontabili, in modo da soddisfare le esigenze informative connesse a vari obiettivi quali la programmazione economico–finanziaria, il coordinamento della finanza pubblica, la gestione del federalismo fiscale, le verifiche del rispetto delle regole comunitarie, la prevenzione di gravi irregolarità idonee a pregiudicare gli equilibri dei bilanci»[34]. E si precisa che «è, infatti, solo il rispetto di un linguaggio contabile comune che impedisce a un sistema informato al pluralismo istituzionale di degenerare in un'ingestibile moltitudine di monadi contabili, a danno non solo delle possibilità di coordinamento, ma finanche dello stesso principio di responsabilità politica, quando l'inosservanza delle regole di tale linguaggio è funzionale, negli enti autonomi, a realizzare indebiti artificiosi aumenti della capacità di spesa»[35]. Per questa via viene dedotta la violazione degli articoli 81, 97 e 119 della Costituzione.

Dalla sentenza n. 9 del 2024 emerge che i Giudici costituzionali hanno colto quale era la finalità dell'art. 7 del decreto legislativo n. 158 del 2019 applicabile, *ratione temporis*, al bilancio regionale. Il suddetto art. 7:

a) *permette di ampliare la capacità della regione di effettuare nuove spese, provocando un ulteriore squilibrio dei conti pregiudizievole per la finanza pubblica allargata con conseguente necessità di ulteriori manovre finanziarie restrittive che possono gravare più pesantemente sulle fasce deboli della popolazione*;

b) *comporta, inoltre, da un lato l'elusione dell'obbligo di incrementare la quota annuale del disavanzo pregresso non ripianato nei precedenti esercizi con un indebito «trascinamento nel tempo» del disavanzo stesso […] e, dall'altro lato, riduce l'importo delle quote periodiche del disavanzo da recuperare, delineando una modalità di recupero del disavanzo in violazione degli artt. 81, 97, primo comma, e 119, primo comma, Cost., sotto il profilo dell'equilibrio del bilancio e dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.*

In riferimento ai profili di illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 158 del 2019, la Corte, pur senza richiamare in modo esplicito il principio esposto con la sentenza n. 316 del 2004 in virtù del quale le disposizioni di attuazione incontrano il *limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*, è netta

[34] Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2016, n. 184.

[35] Corte costituzionale, sentenza 5 luglio 2022, n. 168.

nell'affermare che nel caso di specie manchi un riferimento agli articoli 14 e 17 dello Statuto, atteso che le materia "contabilità" e "disciplina del bilancio" non rientrano tra quelle riconducibili alla potestà legislativa esclusiva o concorrente della Regione. In conclusione, non è possibile introdurre nel nostro ordinamento una deroga all'art. 42 del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 valevole per la sola Regione siciliana in quanto la disciplina di cui all'art. 42 introduce una *regola generale prevista dal legislatore statale per il recupero del disavanzo a tutela dell'equilibrio del bilancio del singolo ente e del complessivo equilibrio della finanza pubblica, non derogabile in sede di Commissione paritetica per la realizzazione del contingente interesse regionale.*

L'approdo cui perviene la Corte con la sentenza n. 9 del 2024 è ribadito nella decisone n. 120 dello stesso anno. Anche in questo caso la questione di legittimità è sollevata incidentalmente dalla Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione del Rendiconto generale della Regione Siciliana per l'esercizio finanziario 2021. Anche nella fattispecie ora in esame il dubbio di legittimità costituzionale è formulato in riferimento sempre all'art. 7 per come modificato dal d.lgs. n. 8 del 2021. Le conclusioni alle quali perviene la Corte sono le stesse della sentenza n. 9 del 2024. È da dire che con il d.lgs. 21 dicembre 2023, n. 226 è stato abrogato il più volte contestato art. 7. La Regione ha quindi eccepito l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per come sollevata dalla Corte dei conti in riferimento all'art. 7 per come applicabile alla contabilità regionale. I Giudici costituzionali, nel respingere l'eccezione di inammissibilità, hanno evidenziato che l'applicazione – *ratione temporis* – del suddetto art. 7 avrebbe comportato un ampliamento di 2 miliardi di euro della spesa regionale in dispregio dei principi di contabilità pubblica che attendono di essere applicati senza eccezioni su tutto il territorio nazionale: *come nel citato precedente, anche nell'odierno giudizio di legittimità costituzionale, le questioni sollevate dalla Corte dei conti nell'ambito del giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione Siciliana per l'esercizio 2021 assumono un particolare rilievo, proprio in considerazione della speciale procedura prevista per l'adozione delle norme di attuazione degli Statuti speciali per fugare zone d'ombra nel controllo di legittimità costituzionale.*

Dallo studio dei decreti legislativi di attuazione dello Statuto siciliano emerge un'autonomia ripiegata su sé stessa che prova ad affrontare e risolvere questioni contingenti. Nessun interesse a promuovere l'attuazione delle disposizioni statutarie. Nessun tentativo di ampliare il cata-

logo delle funzioni regionali muovendo dal Titolo V della Costituzione. Un'autonomia che ha bisogno di risorse per sopravvivere e che attende un aggiornamento delle disposizioni di attuazione dei rapporti finanziari sostanzialmente ferme al 1965 e mai coordinate con le riforme fiscali che dal 1973 si sono succedute. In questo contesto maturano piccoli interventi di manutenzione normativa di carattere prevalentemente ordinamentale con costi limitati e deroghe alla disciplina nazionale in tema di contabilità così da poter ampliare la spesa regionale.

Da alcuni anni, infatti, la Corte costituzionale richiama l'attenzione sul fatto che «molte delle difficoltà e dei contrasti che insorgono in ordine al regime di ripartizione delle entrate fra Stato e Regione Siciliana, e di riscossione delle entrate nella Regione Siciliana, sono da addebitarsi alla mancanza di una normativa di attuazione dello Statuto che tenga conto delle profonde trasformazioni intervenute nel sistema tributario e nei rapporti finanziari fra Stato e Regione dall'epoca delle norme dettate con il D.P.R. n. 1074 del 1965»[36]. È del 2001 l'auspicio – formulato sempre dalla Corte costituzionale – affinché «Stato e Regione, attraverso la specifica forma di collaborazione prevista dall'art. 43 dello Statuto ai fini della adozione delle norme di attuazione, si attivino per adeguare alle nuove esigenze e realtà l'attuale assetto normativo in questa materia»[37].

Le questioni che hanno nel tempo impedito di aggiornare le disposizioni di attuazione del 1965 sono diverse. Tra queste, alcune attengono al rapporto fra funzioni svolte e risorse finanziarie assegnate alla regione. Secondo una certa impostazione – solo di recente superata dal decreto legislativo n. 251 del 2016 (entrato il vigore il 24 gennaio 2017)[38] – il

[36] Corte costituzionale, sentenza 15 luglio 2015, n. 155 del 2015, su cui v. C. Padula, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze n. 10 e 155 del 2015,* in *Federalismi.it*, n. 19/2015, 1 ss.

[37] Corte costituzionale, sentenza 16 marzo 2001, n. 66.

[38] Il decreto legislativo n. 251 del 2016 è stato pubblicato nella G.U. del 9 gennaio 2017 e dispone la devoluzione di risorse aggiuntive indipendentemente dal trasferimento di funzioni amministrative dallo Stato alla Regione Siciliana. In questo modo, le risorse trasferite (effettivamente aggiuntive) hanno consentito alla Sicilia di produrre un bilancio che strutturalmente non sia in contrasto con gli articoli 81 e 97 della Costituzione. Si rammenti che, secondo la Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2012, n. 241, «il raggiungimento del pareggio di bilancio è alla base di qualsiasi misura finanziaria adottata dallo Stato e perché comunque, nella visione unitaria del bilancio statale, tutto concorre al pareggio; e ciò a maggior ragione dopo la revisione dell'art. 81 Cost. che, con effetto dal 2014, ha elevato a dignità costituzionale la regola dell'equilibrio fra le entrate e le

trasferimento di risorse aggiuntive deve sempre essere accompagnato dal contestuale trasferimento delle funzioni.

Il tema del trasferimento di funzioni e di eventuali risorse dallo Stato alla Sicilia si è tramutato con il tempo in un problema di difficilissima soluzione. È chiaro che i meccanismi di attuazione dello Statuto non possono prescindere dalle considerazioni generali che accompagnano il modo di essere dell'autonomia speciale siciliana. È noto che gli istituti costituzionali grazie ai quali la Regione avrebbe dovuto assumere una connotazione realmente speciale si sono nei fatti trasformati in strumenti che hanno rallentato l'ammodernamento degli apparati burocratici regionali e impedito lo svolgimento di una funzione amministrativa regionale efficiente[39].

In sostanza, al momento, manca una complessiva attuazione degli articoli 36, 37 e 38 dello Statuto, a cui si aggiunge la perdurante inattuazione dell'art. 119 della Costituzione.

5. *I decreti legislativi di attuazione dello Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige nell'esperienza più recente*

Dallo studio dei decreti legislativi di attuazione dello Statuto del Trentino-Alto Adige emerge che le disposizioni di attuazione sono utilizzate per trasferire funzioni che non trovano un riscontro né nello Statuto né nella Costituzione. Per molte fattispecie non è possibile parlare di attuazione dello Statuto né può essere sostenuto che si tratti di funzioni individuate attraverso il rapporto fra competenze statutarie e competenze costituzionali per come veicolato dall'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001. La logica seguita sembra meramente contabile: si trasferiscono funzioni in ragione delle risorse che si hanno a disposizione. La prospettiva appena descritta si sviluppa a prescindere dalla disciplina statutaria e costituzionale. Almeno per i decreti legislativi presi in considerazione sembra prevalente l'interesse all'utilizzo delle risorse che permangono nella disponibilità delle Province autonome. A monte si colloca un sistema di finanziamento che assegna risorse che nel tempo risultano superiori rispetto a quelle necessarie per

spese del bilancio statale. Va inoltre considerato che […] il suddetto impegno di ridurre il pareggio di bilancio 'ha natura meramente politica e non si è tradotto in norme giuridiche vincolanti' (sentenza n. 142 del 2012)».

[39] S. Pajno, *La Sicilia, ovvero dell'autonomia sfiorita*, in *Riv. giur. mezz.*, 2011, 519 ss.

assicurare lo svolgimento delle funzioni trasferite. La soluzione adottata per porre rimedio a tale situazione consiste nel trasferire ulteriori funzioni pari alle risorse disponibili. Ciò avviene senza guadare allo Statuto o alla Costituzione ma avendo sotto gli occhi solo i numeri della contabilità pubblica. Su questi presupposti è ben possibile che il trasferimento di ulteriori funzioni avvenga prescindendo dal rapporto con la fonte statutaria.

Così, nel tentativo, di porre rimedio ad un sistema che assegna più risorse di quelle necessarie, le disposizioni di attuazione prevedono che l'Azienda sanitaria dell'Alto Adige può prorogare per due anni i contratti a tempo determinato del personale medico (d.lgs. 18 ottobre 2021, n.176)[40].

È stabilito che a decorrere dalla di entrata in vigore del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 237[41] gli oneri stipendiali del personale civile della Casa circondariale di Bolzano e la tabella organica del personale civile dell'Ufficio esecuzione penale esterna di Bolzano, "determinati annualmente al lordo degli oneri previdenziali a carico dello Stato, sono posti a carico della Provincia autonoma di Bolzano, nell'ambito delle disponibilità finanziarie individuate ai sensi dell'articolo 79, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670" (art. 1 comma 4 d.lgs. 237 del 2017).

In virtù del d.lgs. 7 febbraio 2017, n. 16[42] sono delegate alla Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol, per il suo ambito territoriale, le funzioni riguardanti l'attività amministrativa e organizzativa di supporto agli uffici giudiziari, con esclusione di quelle relative al personale di magistratura e al personale amministrativo dirigenziale. Si precisa poi che "il personale a tempo indeterminato in servizio a qualsiasi titolo alla data di entrata in vigore del presente articolo presso gli uffici giudiziari del distretto è inquadrato nel ruolo del personale della Regione" (art.1, comma 8). Si prevede altresì che "le attrezzature, gli arredi e i beni mobili strumentali all'eserci-

[40] Norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Südtirol recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 26 gennaio 1980, n. 197, in materia di igiene e sanità

[41] Norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti modifiche alle tabelle organiche del personale civile presso la Casa circondariale e l'Ufficio esecuzione penale esterna di Bolzano, allegate al decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752.

[42] Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige recanti disposizioni in materia di delega di funzioni riguardanti l'attività amministrativa e organizzativa di supporto agli uffici giudiziari.

zio delle funzioni delegate sono trasferiti alla Regione" (art. 1 comma 12). Passano alla Province autonome alcuni beni immobili sedi di uffici giudiziari (art. 1 comma 13) e infine si precisa che "gli oneri relativi alla delega di cui al comma 1 sono assunti in capo alla Regione ovvero, in caso di subdelega, alle Province autonome, mediante scomputo dal contributo in termini di saldo netto da finanziare previsto dall'articolo 79 dello Statuto e dall'art. 1, comma 410, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, anche per gli effetti dell'articolo 1, comma 515, della legge 27 dicembre 2013, n. 147."

Non mancano poi decreti legislativi che provano ad interagire sul piano delle competenze legislative provinciali destinate a definire gli "standard urbanistici" (d.lgs. 11 gennaio 2018, n. 9)[43], o a disciplinare le procedure di aggiudicazione al fine di "agevolare la partecipazione agli appalti delle piccole e medie imprese" (d.lgs. 7 settembre 2017, n. 162)[44].

Un cenno merita il decreto legislativo da ultimo citato che all'art. 1 affida alla legge provinciale il compito di disciplinare l*e procedure di aggiudicazione e i contratti pubblici, compresa la fase della loro esecuzione, relativi a lavori, servizi e forniture*. Il richiamo alla competenza legislativa provinciale in un ambito materiale particolarmente delicato avviene circoscrivendo l'ambito di operabilità della legge provinciale che dovrà rispettare *la normativa dell'Unione europea e delle norme legislative fondamentali di riforma economico-sociale, ivi comprese quelle che stabiliscono i livelli minimi di regolazione richiesti dal diritto dell'Unione europea in materia di appalti e concessioni*. I limiti appena ricordati si applicano anche alla legge provinciale che *intenda agevolare la partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese (PMI), in quanto importanti fonti di competenze imprenditoriali, d'innovazione e di occupazione*.

Su questi presupposti le due province autonome hanno approvato diversi provvedimenti legislativi successivamente impugnati dal Governo dinanzi alla Corte costituzionale. I Giudici costituzionali hanno così dovuto affrontare le questioni di legittimità di disposizioni contenute in cinque leggi provinciali (4 della Provincia di Trento e 1 della Provincia di Bolzano). 11 delle 15 disposizioni sono state dichiarate costituzionalmente illegittime perché introducevano una disciplina difforme rispetto alle fonti europee o perché violavano alcune norme del codice dei contratti

[43] Norme di attuazione dello Statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige recanti modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 22 marzo 1974, n. 381, in materia di pianificazione urbanistica.

[44] Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol in materia di contratti pubblici.

qualificate come norme di riforme economico sociali che, in quanto tali, erano capaci di vincolare le potestà legislative delle Autonomie speciali[45].

Non si comprende il senso di disposizioni di attuazione che provano a definire l'ambito delle potestà legislative provinciali che è rimesso alla disciplina della fonte costituzionale Statuto speciale che a detta della Corte è l'unica fonte capace di derogare alla disciplina generale di cui al Titolo V della Costituzione[46].

6. *Il richiamo all'art. 3 della Costituzione nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*

È evidente che la definizione delle disposizioni di attuazione, in virtù del c.d. principio pattizio, rimette all'accordo fra Governo e Regione, con il concorso della Commissione paritetica, la disciplina di materie e il trasferimento di funzioni che non trovano alcun fondamento sistemico nel diritto costituzionale. Governo – a cui compete l'adozione del decreto legislativo di attuazione dello Statuto speciale – e Regione sono incoraggiati da una giurisprudenza costituzionale che in tema di disposizioni di attuazione degli statuti speciali ha mostrato, soprattutto negli anni passati, di non essere particolarmente rigorosa con riferimento all'oggetto della delega e alla corrispondenza alle norme statutarie. Talvolta è la stessa legislazione che rimanda alle disposizioni di attuazione come è avvenuto con la c.d. «legge La Loggia» (art.11) o ancora ai rinvii contenuti nella legge n. 42 del 2009 attuativa del c.d. «federalismo fiscale» (art. 27). Anche per questo specifico profilo resta da definire la materia statutaria in ragione del rapporto fra Statuti speciali e Titolo V della Costituzione che,

[45] Corte costituzionale sentenza 28 gennaio 2022, n. 23 su cui v., Desantis, *La sent. n. 23/2022 come occasione di nuova razionalizzazione del riparto di competenze in materia di procedure a evidenza pubblica,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2022, disponibile in: *www.forumcostituzionale.it.* Una disciplina del tutto analoga a quella contenuta nel d. lgs. 162/2017 si rinviene nel decreto legislativo 3 ottobre 2022, n. 159: "Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia in materia di contratti pubblici".

[46] Secondo la Corte costituzionale (sentenza 6 luglio 2001, n. 230) «l'art. 116 della Costituzione prevede anche che «alla Sardegna [...] sono attribuite forme e condizioni particolari di autonomia», secondo lo statuto speciale, adottato con legge costituzionale. lo Statuto speciale ha forza derogatoria rispetto alla disciplina dell'autonomia regionale stabilita dal Titolo V della Parte II della Costituzione».

come si è visto, è destinato a realizzarsi per il tramite dell'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001. Se a ciò si aggiunge che gli Statuti speciali recano una disciplina che si rende materialmente percettibile attraverso espressioni bisognose di essere aggiornate, ecco che le disposizioni di attuazione diventano la fonte che solo formalmente reca un'attuazione dello Statuto, ma, nella sostanza, finisce per veicolare il senso della specialità regionale svincolandola dallo Statuto-legge costituzionale.

Le considerazioni fin qui svolte sono certamente riferibili alle questioni relative all'attuazione degli Statuti speciali e in quanto tali non presenterebbero alcun interesse per le questioni che oggi riguardano le regioni ordinarie. Sappiamo, però, che il regionalismo ordinario si è confrontato con il tema della differenziazione e sebbene l'attuazione dell'art. 116, comma 3 della Costituzione sia cosa diversa dal regionalismo speciale[47], alcune scelte contenute nella legge 26 giugno 2024, n. 86 sono, a mio avviso, fortemente influenzate da come si è andata sviluppando l'autonomia speciale. È chiaro che il modello preso a prestito non è quello dell'autonomia speciale del Sud ma, al contrario, è quello della specialità del Nord che per finanziamenti e competenze diviene parametro per le aspirazioni dei territori che pensano ad *ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*. Si è visto che le indicazioni che provengono dall'attuazione degli Statuti speciali ci consegnano un quadro non molto incoraggiante, nel quale permangono profonde disparità di trattamento fra territori per i quali il rapporto fra risorse assegnate e funzioni da assicurare presenta più di una criticità[48]. Si tratta di considerazioni che dovrebbero spingere a immaginare un'evoluzione del regionalismo indipendentemente dagli esiti (non molto incoraggianti) dell'attuazione delle Autonomie speciali[49].

In alcune disposizioni della legge n. 86 del 2024 si intravedono mec-

[47] Cfr. A.M. Poggi, *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in *Federalismi.it*, *Paper*, 8 gennaio 2020, 15 ss., la quale osserva che «il regionalismo differenziato non può sconfinare in quello speciale: sarebbe, infatti, una surrettizia e quanto mai pericolosa strisciante forma di violazione della Costituzione».

[48] Su cui si rinvia a, G. Rivosecchi, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, 833 ss., spec. 854 ss. e a S. Pajno, *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, cit., 206 ss., spec. 226 ss.; Id., *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, *Federalismi.it*, n. 5/2020, 94 ss., spec., 117 ss.

[49] Su cui si vedano le considerazioni di L. Paladin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amministrativo*, 1971, p. III, 3 ss.

canismi istituzionali già sperimentati. Penso alla disciplina riferibile al rapporto fra funzioni e risorse di cui agli articoli 5 e 8. In dette disposizioni si parla di Commissione paritetica e si immagina un finanziamento delle funzioni attraverso le *compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale* (art. 5). Sempre la Commissione paritetica provvede *annualmente alla ricognizione dell'allineamento tra i fabbisogni di spesa già definiti e l'andamento del gettito dei tributi compartecipati per il finanziamento delle medesime funzioni* (art.8). Voglio sperare che dopo i principi definiti dalla Corte costituzionale con la sentenza 3 dicembre 2024, n. 192 l'attuazione dell'autonomia differenziata proceda lungo le direttici segnate dai Giudici costituzionali. In questo senso è importante il richiamo al rischio che l'attuazione dell'art. 116 comma 3 possa produrre diseguaglianze. Quest'ultimo effetto *potrebbe avvenire a causa della diversa distribuzione territoriale del reddito, con conseguenti differenze nella capacità fiscale per abitante e quindi delle entrate regionali, nonché per effetto delle diverse capacità amministrative nelle regioni, che possono determinare una differenziazione territoriale nel livello di tutela dei diritti. Pertanto, esiste un* trade-off *tra autonomia regionale e eguaglianza nel godimento dei diritti, rispetto al quale deve essere trovato un ragionevole punto di equilibrio, attraverso un'adeguata allocazione delle funzioni e idonei meccanismi correttivi delle disparità, evitando conseguenze negative in termini di diseguaglianze.*

La prospettiva che da ultimo si rinviene nella sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024 lascia intendere che il controllo di costituzionalità delle disposizioni di attuazione degli Statuti speciali così come del complesso (e ancora non del tutto definito) processo di attuazione dell'art. 116 comma 3 della Costituzione comporterà una attenta riflessione sul principio di uguaglianza e sul rispetto dei diritti costituzionali[50].

[50] La Corte costituzionale (sentenza n. 63 del 2023) ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 5 del decreto legislativo 24 dicembre 2003, (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato). Il dubbio di legittimità riguardava la possibilità che il Presidente della Regione potesse risolvere il ricorso straordinario disattendendo il parere sul punto espresso dalla Sezione consultiva del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana. Il comma gravato comportava un'evidente differenziazione rispetto a quanto previsto in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Secondo la Corte *siffatta contrazione del corredo di rimedi e garanzie riconosciuto al ricorrente in sede di ricorso al Presidente della Regione Siciliana, rispetto a colui che si avvale dell'omologo rimedio nazionale è in contrasto con l'art. 3 Cost. e, senza idonea giustificazione, si riflette negativamente sulla tutela dei diritti e degli interessi legittimi di cui all'art. 24 Cost. Non sussistono, infatti, differenze tra i due istituti idonee a giustificare una tale disparità di trattamento. Né tale dispa-*

Abstract

L'articolo affronta la natura e le funzioni dei decreti legislativi attuativi dei cosiddetti "Statuti speciali", considerati uno degli aspetti più caratteristici del "regionalismo speciale" in Italia. Ha preso in esame la giurisprudenza della Corte Costituzionale, le cui pronunce sono interpretate come una possibilità di ripensare il rapporto tra lo statuto speciale e le disposizioni che mirano ad attuarlo.

Some reflections on the legislative decrees implementing the so-called "Statuti speciali" of the Italian Autonomous Regions

The article deals with the nature and functions of the legislative decrees implementing the so-called "Statuti speciali", considered as one of the most characteristic aspects of "special regionalism" in Italy. It considered the jurisprudence of the Constitutional Court, whose rulings are interpreted as offering the possibility of rethinking the relationship between the special statute and the provisions that seek to implement it.

rità appare in alcun modo riconducibile ai profili di autonomia speciale di cui gode la Regione Siciliana. Sul punto v. Armanno, *Anche la tutela "giustiziale" non ammette trattamenti differenziati nelle diverse parti del territorio. Riflessioni a margine dell'eliminazione di una "anomalia" siciliana*, in *Forum di Quaderni Costituzionali, 4, 2023*.

Modelli di innovazione sociale per la tutela dei diritti delle persone con disabilità: sfide e prospettive per il Terzo settore[*]

di Mariaconcetta D'Arienzo

Sommario: 1. Introduzione – 2. Lo stato dell'arte e le prospettive di tutela dei diritti delle persone con disabilità alla luce del PNRR, dei decreti attuativi della legge delega in materia di disabilità e nella legge di riforma dell'autonomia differenziata – 3. Infrastrutture sociali per lo sviluppo e l'inclusione delle persone con disabilità: il ruolo degli Enti del Terzo Settore – 4. Conclusioni e spunti per l'elaborazione di modelli organizzativi e di innovazione sociale sostenibili.

1. *Introduzione*

Le riflessioni che seguono si iscrivono in un momento storico piuttosto delicato, in bilico tra l'attuazione della legge delega in materia di disabilità e il futuro incerto del progetto di regionalismo differenziato da cui dipendono le sorti della Riforma della disabilità e i risultati attesi in una prospettiva evolutiva e innovativa e di sostenibilità economica e sociale.

Fin dall'inizio, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è appuntato su alcuni punti nevralgici della disciplina (dagli aspetti definitori, alle modalità di attuazione della valutazione di base, dalla valutazione multidimensionale della disabilità al progetto individuale) per poi focalizzarsi sui profili funzionali, ossia sugli obblighi dello Stato e sui doveri organizzativi imposti alle Pubbliche Amministrazioni per la tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico e dei diritti fondamentali della persona.[1]

Gli uni e gli altri, infatti, hanno avuto e avranno in futuro dei riflessi sui tempi e sulle modalità di attuazione delle riforme e sul piano dell'azionabilità delle pretese in base ai principi costituzionali.

L'indagine segue direttrici di valenza generale allo scopo di far emergere problemi non settoriali ma globali che affliggono le democrazie pluraliste contemporanee dovuti allo "scarto" tra gli schemi normativi,

[*] Il saggio è in corso di pubblicazione negli Atti del XXVI° convegno annuale di studi sul tema "Infrastrutture per lo sviluppo sociale" tenutosi a Copanello il 28 e 29 giugno 2024.

[1] Tra le pronunce più significative si segnala Corte costituzionale, 26 febbraio 2010, n. 80 e 16 dicembre 2016, n. 275.

le tecniche processuali e le istanze di «universalizzazione dei diritti fondamentali»[2] in assenza di differenziazione delle necessità e dei bisogni di ciascuno.

A ciò si sarebbe potuto e dovuto porre rimedio attraverso un'opera di ricomposizione e risistemazione della disciplina "mettendo a sistema" gli approdi della giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU al fine di individuare i capisaldi della materia, ristabilendo il principio della pari dignità sociale essenziale al pieno sviluppo della persona.

Invero, tanto il problema definitorio del fenomeno (invalidità, inabilità, minorazione, infermità) quanto l'utilizzo di espressioni discriminatorie in Costituzione (inabili, minorati) sono stati progressivamente "attenuati" dalla Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza n. 215/1987[3].

Di conseguenza, essi hanno assunto un peso rilevante sia ai fini dell'emersione e diffusione della sensibilità sociale sui temi dell'uguaglianza e della dignità delle persone con disabilità (in base all'approccio bio-psicosociale), [4] che dell'individuazione di modelli e strumenti alternativi di gestione che consentono di «sperimenta*re nuove* tecniche di solidarietà al fine di includere i più fragili nella rete delle prestazioni» e di tutela giurisdizionale[5].

---

[2] R. Spano, *Diritti umani e persone vulnerabili* (*Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo – Università La Sapienza Roma, 22 aprile 2022.

[3] Corte costituzionale 8 giugno 1987, n. 215.

[4] G. Arcorzo – S. Leone, *Disabilità e lessico giuridico. Il mutamento di prospettiva nell'ordinamento italiano*, in M. Brambilla, M. D'Amico, V. Crestani, C. Nardocci (a cura di), *Genere, disabilità, linguaggio. Progetti e prospettive a Milano*, 2021. C. Sagone, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale*, in www.federalismi.it, n. 1/2023. In senso contrario, F. Masci, *La tutela costituzionale della persona disabile*, ivi, n. 1/2020, 163 ss., il quale ravvisa negli stessi lavoratori preparatori le radici della concezione bio-psicosociale: l'educazione e l'avviamento professionale di inabili e minorati mirerebbero, infatti, a funzionalizzare le abilità residue.

[5] L'espressione tra virgolette è tratta dalla relazione annuale della Presidente della Corte Costituzionale Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale del 13 aprile 2023 u.s. il cui testo integrale è reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it.

Ciò, sul presupposto che la persona con disabilità è molto di "più" ed "altro" rispetto al mero fruitore di servizi; di qui il riconoscimento di un ruolo attivo nel percorso di vita secondo una prospettiva di tipo relazionale che si rinviene sia negli artt. 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Fondamentale è il ruolo dei principi sovente richiamati dalla Corte EDU al fine di salvaguardare l'equilibrio tra universalità, uguaglianza e differenziazione, negli interventi normativi successivi ispirati alla Strategia per i diritti delle

E in effetti, dalla legge 8 novembre 2000 n. 328 ad oggi, la crescente attenzione nei confronti dei diritti sociali delle persone con disabilità in diversi settori di intervento dei pubblici poteri è, da ultimo, confermata nel decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e grazie all'intervento della Corte EDU e costituzionale[6], prediligendo la soluzione più aderente al risultato che si intende conseguire in linea con gli obiettivi dell'Agenda 2030[7].

In particolare, la legge 22 dicembre 2021 n. 227[8] ha segnato una svolta per la protezione dei diritti delle persone con disabilità nel quadro delle riforme annunciate dal PNRR e dei decreti attuativi, unitamente ad alcune significative pronunce della Corte costituzionale sui diritti fondamentali e le libertà sociali delle persone con disabilità, segno incontrovertibile di una rivoluzione culturale "instillata" dalla Convenzione delle Nazioni Unite ma finora mai attuata, fondata sulla "riscoperta" dei principi costituzionali.

La stessa che induce una riflessione sulla esigenza di revisione dei modelli organizzativi e dei meccanismi di protezione sociale, di superamento dei limiti strutturali e infrastrutturali che, specie durante la pandemia, hanno penalizzato soprattutto i diritti (ai servizi e alle prestazioni) e i bisogni delle persone con disabilità[9].

---

persone con disabilità 2021-2030, e dai giudici nazionali i quali, attraverso il principio di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, progressivamente allargano le maglie del sindacato giurisdizionale al fine di superare i limiti strutturali del diritto nel segno della effettività dei diritti fondamentali.

[6] Corte costituzionale, 8 giugno 1987, n. 215, cit., ove si chiarisce che «sul tema della condizione giuridica del portatore di handicaps confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale; e che, conseguentemente, il canone ermeneutico da impiegare in siffatta materia è essenzialmente dato dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela».

[7] Superando i problemi di natura logistica, finanziaria e di approvvigionamento di risorse idonee allo scopo, si configura un diritto (o pretesa) da far valere in giudizio in caso di inerzia o di diffuso, significativo e ingiustificato ritardo nell'adozione e/o nell'esecuzione dei relativi provvedimenti, che si riverbera sull'esercizio dei diritti e/o nel godimento delle prestazioni rientranti nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA).

In quest'ottica va letta e interpretata l'introduzione di clausole sociali e criteri ambientali minimi diretti ad innalzare i livelli di responsabilità sociale delle imprese. Sui reciproci rapporti tra principio di risultato e tutela della concorrenza, cfr., M. D'Arienzo, *Demitizzazione della concorrenza e principio del risultato nella contrattualistica pubblica*, in *P.A. Persona e Amministrazione,* n.1/2024, 379 ss.

[8] Recante «Delega al Governo in materia di disabilità» in GU 30 dicembre 2021, n. 309.

[9] Cfr., di recente, A. Pioggia, *Quale sostenibilità per il SSN?*, in *Dir.amm.*, 3/2024, 721 ss.

In effetti, il radicale cambio di prospettiva e il rinnovato interesse nei confronti del tema nel rimarcare, specificandoli ulteriormente, i doveri dello Stato ex artt. 2 e 3 Cost. e gli obblighi organizzativi che incombono sulle Pubbliche Amministrazioni per la fruizione dei diritti inviolabili, la garanzia dei valori e l'attuazione dei principi della Costituzione (uguaglianza sostanziale, libertà e dignità umana) spingono verso il ricorso a modelli alternativi di gestione che costituiscono uno strumento efficace per soddisfare la domanda di prestazioni e servizi[10].

Questo è l'approccio comune agli interventi normativi più recenti, condiviso dalla giurisprudenza e finalizzato al bilanciamento tra unità e differenziazione, ovvero tra pari opportunità nell'accesso ai servizi e alle prestazioni, nel rispetto delle specificità e dell'autonomia regionale.

Tale tendenza costituisce la prova tangibile «*della emersione a livello costituzionale del principio di solidarietà*»[11] la cui attuazione non è affatto estranea alla complessa disciplina del Terzo Settore a cui si riconosce un ruolo preminente nell'attuazione del programma costituzionale attraverso il principio di uguaglianza e sussidiarietà[12], con l'obiettivo di programmare, organizzare e gestire un sistema integrato di interventi e servizi alla persona sul territorio.

Gli Enti del Terzo Settore assumono un ruolo di protezione, prevenzione del rischio di emarginazione e promozione dell'inserimento della persona attraverso la valorizzazione delle sue capacità.

---

[10] L'obiettivo è quello di assicurare «Un livello minimo di tutele da apprestare non solo per esigenze minime di assistenza sociale e sanitaria ma a protezione, soprattutto, della dignità personale e dello *status* di persona» che diversamente si ridurrebbero a mere "istanze in attesa di determinazione legislativa" (P. Corradino, *I diritti sociali: il giudice supplente nella dimensione nazionale e sovranazionale*, in *www.ildirittoamministrativo.it*).

[11] S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, spec. 66-67.

[12] Tali enti operando «in una dimensione che attiene ai principi fondamentali della nostra Costituzione, in quanto espressione di un pluralismo sociale rivolto a perseguire la solidarietà che l'art. 2 Cost. pone "tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico" (Corte costituzionale, 28 febbraio 1992, n. 75)», concorrono all'«eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione» (Corte costituzionale 31 dicembre 1993, n. 500) svolgendo in via prioritaria attività di interesse generale ex art. 5 CTS il cui esercizio il potere pubblico deve poter assicurare. La Corte ha sottolineato e ribadito in più occasioni la indiscussa capacità di rilevazione, di rappresentazione e di gestione dei bisogni e delle esigenze delle persone con disabilità con cui detti enti danno attuazione ai diritti sociali alla salute e all'assistenza (affiancandosi ai servizi pubblici assistenziali, sanitari e socio sanitari, di regola senza sostituirsi e/o sovrapporsi ad essi) arrecando un beneficio immediato e una risposta adeguata.

Essi, infatti, «…conoscono, spesso vivono, i bisogni e le esigenze verso cui indirizzare le funzioni pubbliche e dall'altro possiedono un *know how* utile dal punto di vista di individuazioni delle soluzioni e delle tecniche di intervento»[13], e per questo sono i soggetti deputati all'attuazione effettiva e non solo programmatica, organizzativa e di gestione degli interventi di matrice socio assistenziale.

Se, infatti, la garanzia dei livelli essenziali dei servizi e delle prestazioni per le persone con disabilità si persegue attraverso la progettazione e la realizzazione delle infrastrutture sociali finanziate dal PNRR con il sostegno degli enti del Terzo settore, c'è da aspettarsi che il «ruolo preminente nell'organizzazione giuridica del pluralismo sociale alla luce dei valori e dei principi della Costituzione…*per* essere *anche e soprattutto* parte essenziale … delle modalità con cui i diritti dei cittadini sono assicurati e protetti»[14] venga implementato nelle politiche pubbliche sfruttando la capacità degli stessi di individuare i bisogni di salute e di assistenza delle persone con disabilità al fine di garantire una copertura e una risposta efficace sul territorio.

In quest'ottica, occorre verificare preliminarmente lo stato di attuazione delle riforme, l'efficacia degli interventi finalizzati a ristabilire l'efficienza della rete pubblica dei servizi di assistenza, cura e sostegno alle persone con disabilità. Le mie riflessioni, quindi, si focalizzano su alcune delle novità più significative su questi temi che rappresentano un terreno fertile di sperimentazione di modelli di finanziamento e gestione dei ser-

---

[13] P. Corradino, *I diritti sociali: il giudice supplente nella dimensione nazionale e sovranazionale* , cit.

[14] Corsivo mio. L. Gori, *L'organizzazione delle libertà sociali e la sua peculiare natura di controlimite*, in *Giur. cost*., 2/2022, 858 ha commentato la sentenza della Corte costituzionale 15 marzo 2022, n. 72 la quale ha esaltato il ruolo degli Enti del Terzo Settore in considerazione della natura dell'attività svolta al servizio alla collettività, la funzione sociale e gli obiettivi (o risultati attesi), sottolineando tra l'altro come «l'attività di interesse generale svolta senza fini di lucro … realizza anche una forma nuova e indiretta di concorso alla spesa pubblica (che deriva dal necessario reinvestimento degli utili in attività orientate alla funzione sociale)». Sul presupposto, quindi, che tali enti agiscono sul mercato dei servizi alla persona in qualità di «operatori di un "mercato qualificato"… della welfare society», l'A. ha auspicato un intervento statale sia a livello definitorio che operativo-funzionale sfruttando la competenza in materia di ordinamento civile per «fissa*re* il quantum della disciplina promozionale garantita su tutto il territorio nazionale» uniformando la disciplina al fine di arginare gli effetti collaterali del «diritto regionale del Terzo settore» nel rispetto delle peculiarità degli enti destinatari.

vizi alla persona più sostenibili non solo dal punto di vista economico, ma anche sociale.

2. *Lo stato dell'arte e le prospettive di tutela dei diritti delle persone con disabilità alla luce del PNRR, dei decreti attuativi della legge delega in materia di disabilità e nella legge di riforma dell'autonomia differenziata*

La trattazione del tema principale dell'indagine e delle problematiche connesse impone di ripercorrere brevemente e senza alcuna pretesa di esaustività l'evoluzione normativa in materia al fine di verificarne in concreto lo stato di attuazione e l'impatto delle novità di recente introduzione sul piano della effettività e della tutela dei diritti delle persone con disabilità.

La disciplina, invero, fin dagli albori è apparsa «complessa e di difficile lettura, a causa della sua frammentarietà ed eterogeneità» denotando assenza di coordinamento stratificazioni e sovrapposizioni.

Il problema definitorio a cui si è fatto cenno in precedenza è all'origine delle incongruenze della stessa (per quanto concerne l'accertamento dello *status* e dei requisiti per accedere alla cura e all'assistenza ed ai benefici per le persone con disabilità e le loro famiglie, diversificati in base alla legge di riferimento), ed è stato causa di discriminazioni tra persona invalida, persona portatrice di handicap e persona con disabilità e dei conflitti tra beni-interessi di rilievo costituzionale che ancora oggi faticano a trovare un bilanciamento.

La legge 5 febbraio 1992, n. 104 definisce *l'handicap* come una «minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa» che diventa grave quando «la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione»[15].

[15] L'aspetto definitorio riveste da sempre notevole importanza, in quanto da esso dipende la centralità o meno della persona nella Costituzione e nell'ordinamento giuridico, nonché la vincolatività dei principi posti a garanzia della piena realizzazione umana attraverso l'emancipazione, e l'inclusione e della pari dignità sociale che costituisce l'essenza stessa dei diritti intrinseci della persona e il presupposto della tutela della diversità in condizione di uguaglianza con gli altri consociati. Parallelamente, la definizione con-

Nella legge in commento il modello bio-psicosociale della disabilità ispirato al principio di uguaglianza sostanziale condiviso dall'OMS con la classificazione ICF considera la disabilità non la caratteristica di un individuo, ma il risultato di una complessa interazione di condizioni, molte delle quali sono create dall'ambiente sociale e in combinazione con altri sistemi di classificazione contribuisce all'individuazione e pianificazione di interventi personalizzati.[16]

La valutazione socio-sanitaria, effettuata in base alla classificazione ICF e attraverso strumenti di accertamento della disabilità che costituiscono un modulo integrato bio-psicosociale, ha attraversato una lunga fase di sperimentazione per non essere stata mai realmente attuata e ha deluso le aspettative dal punto di vista della partecipazione, dell'integrazione e della tutela dei diritti delle persone con disabilità.

Ed infatti, l'accertamento della disabilità è stata affidata a valutazioni e giudizi ampiamente discrezionali ed estremamente opinabili in quanto parametrati sulla capacità lavorativa della persona in aderenza al sistema tabellare previsto dal d.m. 5 febbraio 1992[17].

---

sente di cogliere l'essenza e la portata della particolare condizione che connota la persona con disabilità che non si identifica né si esaurisce nella minorazione fisica e psico-sociale che le impedisce di relazionarsi e partecipare attivamente alle attività quotidiane (familiari, scolastiche, lavorative, sociali, ludico-ricreative).

[16] L'approccio bio-psico sociale consente di superare i limiti di quello medico e sociale ben evidenziati in dottrina da F. Masci, *La tutela costituzionale della persona disabile*, cit., 157 ove si legge: «così come quello medico-individualista, anche il modello sociale offre una visione parziale della disabilità, e lo fa perché circoscrive il fenomeno a una dimensione meramente sociale, espungendo dalla narrazione una variabile altrettanto fondamentale come quella biologica». F. Sanchini, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, ivi, n. 24/2021. C. Sagone, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale*, ivi, n.1/2023.

[17] In precedenza, il riferimento alla «Classificazione delle Menomazioni, delle Disabilità e degli Handicap» (I.C.D.H.) ha comportato un appiattimento del concetto di disabilità su quello di malattia e della valutazione che era del tutto sganciata da fattori personali e socio-ambientali e priva di riferimenti scientifici. Successivamente, la valutazione condotta sulla base della «Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute» (I.C.F.), per quanto fosse l'unica in grado di rappresentare le capacità e i bisogni delle persone con disabilità, è stata tuttavia solo formalmente recepita anche dopo la legge n. 104/1992 e nella stessa Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ratificata in Italia con la legge 3 marzo 2009, n. 18. Tale circostanza, perpetrata nel tempo, ha contribuito ad alimentare il clima di profonda instabilità ed incertezza scientifica, oltre che di forte discriminazione in seguito a scelte

Peraltro, la terminologia e le definizioni utilizzate hanno ingenerato dubbi e perplessità tra i componenti delle Commissioni amplificati da un sistema di accertamento della disabilità (al pari di quello dell'invalidità e dell'handicap) niente affatto lineare, semplice né efficiente che, infatti, essendo ripartito tra ASL e INPS, ha dato luogo a disparità di trattamento dovute a diversi possibili gradi di valutazione della disabilità nelle diverse regioni ove sono state registrate disuguaglianza territoriali in assenza di un sistema di monitoraggio e di valutazione dei risultati ottenuti.

Altre criticità, di natura anche logistica, sono apparse non di rado difficilmente superabili a causa delle difficoltà economiche in cui versano le famiglie delle persone con disabilità che ripropongono il problema del costo dei diritti sociali riverberatosi sul riconoscimento della loro stessa esistenza e delle garanzie che li assistono e su come conciliare l'inviolabilità degli stessi proclamata dalla Convenzione, dalle Carte e dalle Corti con il principio dell'equilibrio (pareggio) di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico.

Per tali motivi, i Piani di azione per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità hanno rappresentato una «cornice normativa di intenzioni inespresse»[18] fino alla l. n. 227/2021.

La svolta si è avuta con il PNRR è finalizzato al raggiungimento di precisi obiettivi che intercettano diversi aspetti problematici della materia. Essi spaziano dalla definizione alla procedura di accertamento della disabilità; dalla valorizzazione dei progetti di vita indipendente alla diffusione territoriale delle unità di valutazione multidimensionale; dalla quantificazione dell'offerta relativa ai servizi sociali alla semplificazione dell'accesso ai servizi sanitari e socio-sanitari, fino all'emanazione della Legge quadro sulle disabilità.

Obiettivi ulteriormente specificati dalla l. n. 227/2021[19] dettando i

politiche e provvedimenti amministrativi e giurisdizionali lesivi della dignità e del percorso emancipativo della persona con disabilità.

[18] L'espressione è tratta da A. Almici – A. Arenghi – R. Camodeca, *Il valore dell'accessibilità. Una prospettiva economico-aziendale*, Milano, 2000.

[19] Per un commento alla legge, cfr., V. Pupo, *La persona con disabilità nella Costituzione italiana e nel diritto sovranazionale*, cit.; G. Arconzo, *Le politiche per la disabilità*, E. Rossi, *I riferimenti costituzionali della delega al Governo in materia di disabilità: osservazioni preliminari*, in *PaSsaggi costituzionali*, n. 1/2023. A. Candido, *La persona con disabilità e la pubblica amministrazione nella prospettiva della riforma*, in *Le persone con disabilità tra società, economia e diritto*, Milano, 2023, 197 ss. P. Addis, *La legge 227/2021: questioni definitorie e diritti*, in *PasSaggi*

principi e i criteri guida dell'attività del Governo nei 20 mesi successivi alla sua approvazione, per il raggiungimento di obiettivi plurimi che possono essere così sintetizzati: a) pieno riconoscimento e l'inclusione delle persone con disabilità; b) garanzia dell'effettivo e pieno accesso al sistema dei servizi e delle prestazioni; c) promozione dell'autonomia della persona con disabilità, pari opportunità nei contesti di vita formali e non formali, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e di non discriminazione desumibili dagli artt. 2, 3 e 38 Cost.[20]

Nella legge n. 227/2021 la trasposizione dal soggetto alla persona[21], per effetto della attuale classificazione che valorizza il rapporto con il contesto e l'ambiente in cui la stessa vive in conseguenza della centralità

---

costituzionali, n. 1/2023. Id., *Disabilità e vulnerabilità in una prospettiva multilivello*, in M.G. Bernardini, V. Lorubbio (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento, 2024. Si segnala, inoltre, che dal 2022 è stata istituita dal Ministero per la Disabilità una Commissione con funzioni consultive chiamata a sovraintendere al processo di predisposizione dei decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità (d.m. 24 gennaio 2022, in *www.governo.it*), nonché una Commissione di studio redigente presso l'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità della Presidenza del Consiglio dei Ministri (d.m. 9 febbraio 2022, ivi) e, contestualmente, è stata emanata una Direttiva per favorire la condivisione di principi e procedure per l'attuazione del PNRR da parte di tutte le amministrazioni titolari di progetti, riforme e misure in materia al fine di consentire la verifica, in ciascuna fase dell'attuazione, del carattere inclusivo e non discriminatorio di riforme e investimenti. La Direttiva dispone che le amministrazioni provvedano a garantire forme adeguate di consultazione delle associazioni rappresentative del settore, che si facciano portatrici del punto di vista dei principali destinatari delle misure. Essa affida all'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità il monitoraggio dell'efficace attuazione dei principi stabiliti, prevedendo che ciascuna amministrazione titolare di interventi elabori report previsionali all'inizio delle attività, in cui specifichi le finalità, l'impatto sulle persone con disabilità, gli eventuali fattori che ne ostacolano o limitano l'attuazione, nonché i risultati attesi sotto il profilo dell'inclusione. Al termine dell'attività, si stabilisce che ulteriori report conclusivi dovranno illustrare i risultati conseguiti, in rapporto a quelli preventivati.

[20] In attuazione dei principi della Carta di Nizza che all'art. 21 testualmente recita «L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»; della Convenzione ONU e della «Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030».

[21] Riprendendo il titolo di un lavoro di S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, Napoli 2007. Più di recente su questi temi, M. Luciani, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, in *www.cortecostituzionale.it*; L. Antonini, *I deboli e i vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso*, in *Dirittifondamentali.it*.

che essa con le sue esigenze esistenziali, relazionali, affettive, formative e culturali, ha assunto un peso decisivo nelle procedure di valutazione ed accertamento della disabilità.

Indipendenza, autodeterminazione e partecipazione sono i capisaldi della Riforma[22] che punta a creare le condizioni per l'integrazione e l'inclusione delle persone con disabilità garantendo, tra l'altro, l'accesso alle prestazioni e ai servizi sanitari e socio-assistenziali[23].

In tale contesto, i diritti sociali delle persone con disabilità di fronte alle crisi economico finanziaria, sanitaria, ambientale e bellica resistono non senza difficoltà, nonostante i numerosi interventi della Corte costituzionale che certamente non avrebbe mai potuto compensare l'assenza di una riforma in materia alla luce del PNRR e della recente Legge Quadro sulla disabilità n. 227/2021 considerata dallo stesso una priorità degli Stati chiamati a soddisfare le cc.dd. «condizioni abilitanti» richieste dal Piano.

Essa ha innovato la normativa su più fronti: dalla definizione della condizione di disabilità all'accertamento e certificazione della stessa; dalla disciplina dei benefici ai sistemi di monitoraggio, verifica e controllo; dalla promozione della vita indipendente e contrasto dell'esclusione sociale all'abilitazione e riabilitazione; dall'istruzione e formazione all'inserimento nel mondo del lavoro, ecc.[24].

---

[22] Che richiama i principi generali della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: dignità, uguaglianza non discriminazione, autonomia e indipendenza, autodeterminazione e coinvolgimento nei processi decisionali (art. 3).

[23] Sull'accessibilità quale prerequisito per la pienezza del godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali delle persone con disabilità al pari degli altri soggetti, cfr., di recente, V. Pupo, *La progressiva attuazione del principio di accessibilità delle persone con disabilità*, in *AIC*, n. 4/2023.

[24] E. Vivaldi – A. Blasini (a cura di), *Verso il "Codice per la persona con disabilità". Analisi, indirizzi e proposte sul disegno di legge recante "Delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità approvato dal Consiglio dei ministri il 28 febbraio 2019*, in Forum di Quaderni Costituzionali-Rassegna, 1, 2021., 367-575; E. Rossi, *Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*, D. Ferri, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in www.dirittifondamentali.it (2021); P. Addis, *Il diritto alla vita indipendente e l'inclusione sociale*, www.forumcostituzionale.it, n. 1/2021.

Nel dettaglio, con riguardo alle definizioni della condizione di disabilità e al riassetto e semplificazione della normativa di settore, i principi e criteri direttivi della delega prevedono: il coordinamento sotto il profilo formale e sostanziale delle disposizioni legislative vigenti; l'adozione di una definizione di disabilità (che andrà introdotta nella l. n.

Tuttavia la disciplina è rimasta inattuata per diversi anni per non aver superato il controllo di sostenibilità finanziaria da cui dipende l'effettività dei diritti delle persone con disabilità (come ad esempio il diritto all'assistenza personale strumentale all'esercizio del diritto alla vita indipendente) disattendendo l'interpretazione della Corte costituzionale la quale ha affermato e ripetutamente ribadito che è «la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».[25]

All'art. 2 la legge propone una definizione di disabilità coerente con l'art. 1, § 2, della Convenzione delle Nazioni Unite dei diritti delle persone con disabilità, modificando la legge n. 104/1992 e introducendo disposizioni che prevedono una valutazione di base della disabilità distinta da una successiva valutazione multidimensionale fondata sull'approccio bio-psicosociale[26].

Si sottolinea, in particolare, la necessità di utilizzo congiunto di entrambe le classificazioni dell'OMS per la definizione dei percorsi fina-

---

104/1992) coerente con l'articolo 1, comma 2, della CRPD; l'adozione di una definizione di "durevole menomazione"; l'adozione dell'ICF ai fini della descrizione e dell'analisi del funzionamento della disabilità e della salute; l'adozione di una definizione di profilo di funzionamento coerente con la Classificazione ICF e con le disposizioni della CRPD; nonché l'introduzione nella l. n. 104/1992 della definizione di accomodamento ragionevole, con la conseguente previsione di adeguati strumenti di tutela. In argomento, C. Scorretti, *La definizione medico legale di "disabilità" ai sensi della legge 22 dicembre 2022, n. 227*, in *Riv. it. med. leg.* 2/2022, 323 ss.

[25] Corte costituzionale, 22 novembre 2002, n. 467; n. 80/2010; n. 275/2016. In argomento, A. Candido, *Quando il diritto diventa finanziariamente incondizionato. Il progetto di vita individuale per lo studente con disabilità grave* (commento a TAR Valle d'Aosta 14 gennaio 2019, n. 2), in *Il Piemonte delle Autonomie*, 1/2019, 55 ss.; G. Tulumello, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Questionegiustizia.it*.

[26] In argomento cfr., C. Scorretti, *La definizione medico legale di "disabilità" ai sensi della legge 22 dicembre 2021, n. 227*, cit. ha chiarito che trattasi «di una definizione di per sè polisemica e complessa, in quanto intrinsecamente connessa ad altri termini che si sono via via nel tempo consolidati nel nostro ordinamento per definire una condizione umana legata a modifiche dello stato di "salute" della persona in base al contesto a cui si riferisce». In argomento, cfr., AA.VV., *La legge 227 del 22 dicembre 2021 e la riforma della legislazione in conformità con la Convenzione delle nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (CRPD): la proposta delle società scientifiche accreditate Comlas e Simlain materia di valutazione di base della disabilità*, in *Riv.it.med.leg.* 3/2023, 545 ss. M. De Falco, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *Resp.civ.e prev.*, n.5/2022, 1738 ss.

lizzati all'elaborazione di un progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato, redatto in conformità ai desideri, alle aspettative e alle scelte della persona con disabilità, nel quale vanno elencati beni, servizi, prestazioni e accomodamenti ragionevoli necessari a garantire parità di *chance* evolutive in àmbito sociale, scolastico, lavorativo, culturale, sportivo, ecc. che non attengono alla sola sfera sanitaria, ma concernono anche i profili socio-sanitari e di assistenza sociale.

In quest'ottica, la legge di delega prescrive di definire le procedure di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. in attesa della riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità (D. Lgs. 13 dicembre 2023, n. 222) e l'istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità con il decreto legilsativo 5 febbraio 2024, n. 20 operativa dal 1° gennaio 2025.

In linea con l'approccio seguito dalla Corte costituzionale a partire dalla nota decisione n. 80/2010[27], l'accertamento (non solo medico-legale) della condizione di disabilità all'esito delle valutazioni multidisciplinari (medico-legale e sociale) di carattere personale (familiare e sociale) è considerato prodromico al riconoscimento dello *status* di persona con disabilità e del diritto all'inclusione (previa individuazione di strumenti compensativi idonei a superare il disagio) che rappresentano un problema sociale e culturale (prima ancora che giuridico) diffuso da tempo e al centro delle politiche e dei processi valutativi.

L'attuazione è rimessa a Istituzioni, enti e altri soggetti pubblici e privati (*stakeholder*, Enti del Terzo Settore, professionisti) a cui le leggi di settore hanno affidato il compito di ridurre i fattori che generano disuguaglianze nell'accesso alle cure e all'assistenza dei soggetti fragili e vulnerabili a causa della disabilità, non solo nei confronti delle persone normodotate, ma addirittura all'interno della stessa categoria, in base al tipo e al grado di disabilità (fisica, psichica, intellettiva e sensoriale) che può portare a differenti valutazioni ed esiti.

La transizione da un sistema di *welfare* assistenziale ad un sistema di *welfare* inclusivo è affidata all'introduzione di un sistema duale e facoltativo di accertamento (medico-legale e multi-dimensionale) da cui dipende

[27] Ove si chiarisce che «le persone con disabilità non costituiscono un gruppo omogeneo, assumendo invece diverse forme o tipologie a cui corrispondono altrettanti processi di emancipazione specific(i), finalizzat(i) ad un completo inserimento nella società».

il riconoscimento della disabilità, dei diritti della persona e della tutela apprestata ad essi; nonché alla predisposizione del «progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato» la cui la cui attivazione dipende dalla disponibilità delle risorse da parte di Stato, Regioni, Enti locali, Terzo settore e soggetti privati e la cui operatività è subordinata alla predisposizione di un *budget* di progetto che condiziona i contenuti e l'effettività di un «diritto inviolabile» e dei livelli essenziali delle prestazioni ivi indicate.

Se ne deduce, quindi, che l'esito della «sfida delle differenze» sarà positivo solo se e ed in quanto l'accertamento e la valutazione della disabilità non si riduca a una mera verifica dello stato di salute della persona, ma sia condotta sulla base di criteri individuati dal modello psico-sociale e sia in grado effettivamente di cogliere i profili multidimensionali «della interazione con barriere di diversa natura» (art. 2, Convenzione ONU 2006) per quante sono le forme di disabilità in base a una valutazione congrua, trasparente, agevole, tempestiva ed efficiente da parte dei soggetti preposti (cfr., art. 1, comma 1, l. n. 227/2021).

A tal fine, la legge in commento ha conferito al Governo la delega legislativa per la «revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità» da esercitarsi mediante l'emanazione, entro il 15 marzo 2024 di uno o più decreti legislativi nella prospettiva del modello bio-psico-sociale della disabilità[28] dal contenuto fortemente innovativo sul piano definitorio[29], organizzativo[30] e procedurale [31] in base a una valutazione

[28] P. Addis, *Il diritto alla vita indipendente e l'inclusione sociale*, in E. Vivaldi, A. Blasini (a cura di), *Verso il "Codice per la persona con disabilità"*, cit., 480; G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020, , 245.

[29] Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato.

[30] Penso alla riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, senza sottovalutare l'istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità.

[31] La scelta di conferire ad un unico soggetto pubblico l'esclusiva competenza medico legale sui processi valutativi di base, al precipuo scopo di uniformare su tutto il territorio nazionale gli aspetti organizzativi, procedurali, con intento deflattivo del contenzioso (art. 2, comma 2, lett. b), n. 5 della legge delega) si pone in continuità con il programma d'azione del 2013 nell'ottica di superare definitivamente il sistema duale, «anziché puntare su interventi di mera manutenzione dell'esistente, a carattere puntuale e limitato» come evidenziato da P. Addis, *Il diritto alla vita indipendente e l'inclusione sociale*, cit., 417 che aveva suggerito di «individuare un soggetto unico gestore del procedimento

multidisciplinare della persona, finalizzata all'elaborazione di progetti di vita personalizzati che garantiscono i diritti fondamentali e il potenziamento dei servizi pubblici e delle infrastrutture sociali necessari.

Al fine di ottimizzare i tempi e i risultati attesi, sfruttando le opportunità e le capacità dei soggetti appartenenti alla filiera di solidarietà (infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore) a cui il PNRR ha dedicato la Missione 5, Componente 2, viene loro riconosciuto un ruolo chiave nella definizione ed esecuzione dei progetti a valenza sociale e territoriale e l'inveramento delle condizioni per l'esercizio dei diritti sociali fondamentali.

Il tema ha carattere trasversale[32] intercettando le Missioni 5 e 6. La prima prevede investimenti straordinari per il potenziamento delle politiche di inclusione, con risorse per la realizzazione di infrastrutture e servizi sociali, servizi sanitari di comunità e domiciliari focalizzati sui bisogni delle persone con disabilità, degli anziani non autosufficienti, dei minori e delle loro famiglie, al fine di migliorarne l'autonomia in una prospettiva il più possibile de-istituzionalizzata. La seconda, dedicata alla salute, punta al potenziamento dei servizi sanitari sul territorio e sull'innovazione e digitalizzazione del sistema sanitario. In tal senso vanno le previsioni di strutture e presidi territoriali di prossimità (case di comunità e ospedali di comunità), il rafforzamento dell'assistenza domiciliare delle persone con

cui rivolgere la domanda amministrativa di riconoscimento dello stato di disabilità, che procede alla redazione del verbale e alla liquidazione ed erogazione di prestazioni».

Si segnala, inoltre, la valutazione multidisciplinare della persona e l'elaborazione del progetto di vita, a sua volta, non può prescindere dall'indicazione del cosiddetto «budget di progetto» ovvero la descrizione quantitativa e qualitativa delle risorse economiche, strumentali, professionali, tecnologiche e umane dirette a garantire la piena fruibilità dei sostegni indicati per qualità, quantità ed intensità nel programma personalizzato. Il progetto può altresì prevedere che tali risorse possono essere anche autogestite dalla persona con disabilità, rispettando tuttavia i previsti obblighi di rendicontazione. Il provvedimento approvato dal Consiglio dei ministri stabilisce, infine, l'istituzione del Garante nazionale delle disabilità. Tale Organismo dovrà occuparsi di raccogliere le istanze e fornire adeguata assistenza alle persone con disabilità che subiscono violazioni dei propri diritti; formulare raccomandazioni e pareri alle amministrazioni interessate sulle segnalazioni raccolte, anche in relazione a specifiche situazioni e nei confronti di singoli enti; promuovere campagne di sensibilizzazione e di comunicazione per una cultura del rispetto dei diritti delle persone.

[32] Sul coordinamento tra la Missione salute e la Missione inclusione e coesione, cfr., G. Razzano, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2022, spec.§2.

disabilità, al chiaro scopo di alleggerire la pressione sugli ospedali sfruttando i vantaggi derivanti dall'impiego della medicina a distanza.

L'obiettivo di garantire una esistenza indipendente, partecipata ed inclusiva postula piena accessibilità attraverso un'azione combinata di diversi soggetti nella organizzazione e gestione sia di infrastrutture, beni e servizi preesistenti, sia, per quanto qui importa, la progettazione e l'introduzione di altri beni e servizi in strutture prive di barriere ambientali e comportamentali, e con la predisposizione agli accomodamenti ragionevoli che si dovessero rendere necessari[33].

E, in effetti, il Piano si sofferma sulla collaborazione tra l'Amministrazione comunale e gli Enti del Terzo Settore i quali assurgono al ruolo di protagonisti della «pianificazione in *coprogettazione* di servizi (che) sfruttando sinergie tra impresa sociale, volontariato e amministrazione, consente di operare una lettura più penetrante dei disagi e dei bisogni al fine di venire incontro alle nuove marginalità e fornire servizi più innovativi, in un reciproco scambio di competenze ed esperienze che arricchiranno sia la PA sia il Terzo Settore».

Tale approccio non sembra trovare riscontro nella realtà in cui gli Enti del Terzo Settore sono relegati a un ruolo marginale, per lo più ese-

[33] Sulla scia della Strategia della Comunità europea nei confronti dei disabili del 1996 che proponeva «un più forte impegno a identificare e rimuovere i vari ostacoli che si frappongono alla parità di opportunità e alla piena partecipazione a tutti gli aspetti della vita» e in seguito all'affermarsi del modello sociale della disabilità e del concetto di accomodamento ragionevole l'adeguamento alle disposizioni antidiscriminatorie contenute nella Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità ha condotto al varo del primo e del secondo "Programma di azione biennale delle persone con disabilità in attuazione della legislazione nazionale e internazionale ai sensi dell'art. 3, co. 5, della legge 3 marzo 2009, n. 18". Il secondo di essi costituisce a tutti gli effetti il prodromo normativo della legge n. 227/2021 perseguendo l'obiettivo di una «riforma ampia e strutturale dell'attuale sistema di certificazione della condizione di disabilità … chiedendo una legge delega … *che* ponga le basi per una sinergia tra le responsabilità di riconoscimento della disabilità, che resterebbero a livello nazionale, e l'azione valutativa specifica delle Regioni. A queste ultime e alle loro articolazioni operative sarebbe con maggiore chiarezza affidato il ruolo di accompagnare le Persone con Disabilità nello sviluppo e articolazione di un "progetto personalizzato" di intervento con la ricomposizione di tutti i sostegni necessari all'inclusione sociale e all'esercizio dei diritti». La Strategia europea della disabilità 2010-2020 ha sancito il diritto alla piena accessibilità e il divieto di discriminazione a causa della disabilità, tra l'altro, proprio nel settore dei servizi pubblici, trasposti nell'attuale Strategia europea sulla disabilità 2021-2030 – Un'Unione dell'uguaglianza [COM (2021) 101 final, 3 marzo 2021, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?].

cutivo dei servizi alla persona, ma non sono coinvolti anche nella fase di elaborazione ed attuazione delle politiche pubbliche che si attua attraverso la partecipazione attiva al programma di emancipazione e giustizia sociale in favore delle persone con disabilità.

Effettivamente, da questo punto di vista, le scelte da ultimo operate farebbero pensare a un ripensamento, frutto di un repentino cambio di impostazione del Piano che confermerebbe il *trend* negativo strettamente legato alla effettiva considerazione del Terzo Settore nel PNRR. Mi riferisco, in particolare, ai tagli lineari agli interventi e alle risorse da investire in progettazioni e programmazioni condivise che rendono aleatoria la stessa realizzazione dei progetti, oltre che molto difficile verificare lo stato di avanzamento del Piano[34], nonché di sviluppo del modello economico e sociale di economia sociale da esso neanche richiamato[35].

Tale impressione è confermata dalle recenti riforme le quali, come si vedrà, a dispetto delle intenzioni e delle aspettative, sembrano proiettare l'incertezza e i rischi del presente sul futuro.

Ciò è evidentemente innanzitutto frutto di una visione finora solo parziale dei vantaggi e delle opportunità che possono derivare dalla collaborazione trasversale in settori nevralgici, come la sanità, in cui essa avrebbe potuto favorire la realizzazione di interventi di potenziamento del SSN e l'elaborazione di un modello di assistenza socio-sanitaria *patient oriented*.

[34] In base all'ultima revisione del Piano il bilancio per il Terzo Settore è sicuramente negativo in quanto se, da un lato, si registra un sensibile aumento delle risorse da investire in progetti e attività di interesse del TS in ambito sociale (+250 milioni per l'assistenza domiciliare), dall'altro, sono stati accantonati diverse centinaia di progetti per la realizzazione di infrastrutture sociali di comunità (servizi di istruzione, salute e mobilità).

[35] Il che svela una prima significativa incongruenza rispetto Programma di lavoro per il 2021 della Commissione UE intitolato *Un'Unione vitale in un mondo fragile* la pubblicazione per il IV trimestre del 2021 di un *Piano d'azione per l'economia sociale*, con l'obiettivo di «potenziare gli investimenti sociali, sostenere gli operatori dell'economia sociale e le imprese sociali» e al Regolamento UE n. 241/2021 istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza ove si afferma che «le riforme e gli investimenti (dei PNRR nazionali) dovrebbero promuovere … l'economia sociale» (considerando 13); affrontando il problema delle disuguaglianze nell'Unione europea (Programma di lavoro 2022) e offrendo il proprio sostegno agli Stati membri nella lotta alla povertà, esclusione e discriminazione al fine di garantire a tutti i cittadini pari opportunità nell'accesso alle risorse e ai servizi allargando lo spettro alle nuove fragilità emerse durante e dopo la crisi pandemica e impegnandosi ad agire sulle infrastrutture sociali e per l'inclusione attiva con traguardi di medio lungo periodo (cfr., PN Inclusione e lotta alla povertà 2021-2027).

Ma così non è stato, nonostante i continui richiami alla cooperazione tra attori pubblici e privati presenti nel Piano.

Invero il problema non è solo di natura quantitativa, ma anche qualitativa dei servizi offerti in contesti come quello appena richiamato in cui il coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore costituisce la «chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici»[36] in qualità di protagonisti dell'economia sociale e solidale.

Tale ruolo presuppone l'assunzione di un impegno costante in attività che coinvolgono diversi settori (come la salute o lo sport per il contrasto alla povertà educativa e all'emarginazione sociale) e di responsabilità per produrre valore e sviluppare modelli di crescita e resilienza se, com'è auspicabile, in futuro il PNRR seguisse un approccio più ampio e meno settoriale al mondo dell'economia sociale in generale, e del Terzo Settore in particolare, imprimendo altresì un'accelerazione significativa all'attuazione della riforma su tutto il territorio nazionale rafforzando il ruolo e le funzioni di detti enti[37].

I dati e le statistiche recenti su divari territoriali, generazionali, di genere, nella filiera dell'istruzione, sul tasso di occupazione femminile nel Mezzogiorno sono tutt'altro che confortanti in quanto di gran lunga al di sotto della media europea.

Già nel corso del 2022 si è registrato un sensibile aumento del rischio di povertà ed esclusione sociale (circa il 25,4% della popolazione) specie al Mezzogiorno, dove crescono in maniera esponenziale il disagio sociale e la povertà assoluta[38], fonti di nuovi e preoccupanti divari di cittadinanza e tra i sistemi produttivi regionali.

Rispetto ad essi il giudizio sull'impatto del Piano è ancora *in itinere* e dall'esito piuttosto incerto a causa delle chiare difficoltà di attuazione e di

[36] Corte costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131.

[37] G. Arconzo, *Le politiche per la disabilità nel quadro del PNRR*, in *PasSaggi Costituzionali*, 1/2023. F. Masci, *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabiità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del "disability divide"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021.

[38] Per approfondimenti sul tema si rinvia a S. Milazzo, *Notizie- Il rapporto Svimez 2022 sull'economia e sulla società del Mezzogiorno*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, fasc. 4/2023, 1455 ss. Si stimano oltre 826 mila famiglie povere e 2 milioni 455 mila persone in situazione di povertà assoluta, rispettivamente 51 mila e 196 mila in più rispetto al 2021. Il 42,2 per cento delle famiglie povere vive nel Mezzogiorno (a fronte del 38,6% nel 2020) e il 42,6% al Nord, in diminuzione rispetto alla percentuale del 2020 (47%). I dati relativi agli anni 2023 e 2024 registrano un aumento della povertà assoluta diffusa a livello territoriale, ma evidenziano come l'incidenza della stessa sia più elevata nelle Regioni meridionali.

gestione nel soddisfare le aspettative che appaiono difficili, anche se non impossibili da realizzare al netto dei rischi che benché non misurabili *a priori* non possono certamente essere minimizzati.

Perseguendo l'obiettivo di assicurare maggiore omogeneità territoriale nell'erogazione delle prestazioni parallelamente alla definizione dei Lep finora inattuata ma che assume una rilevanza prioritaria[39], le scelte da ultimo operate introducono ulteriori elementi di complessità tutt'altro che trascurabili che tuttavia possono essere mitigati attraverso il ricorso ai principi.[40]

L'organizzazione socio-sanitaria ed assistenziale delle persone con disabilità costituisce terreno fertile di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in un settore nel quale «si rende (da tempo) ormai necessaria la presenza e la cooperazione tra queste due facce dell'amministrazione, ciascuna delle quali è portatrice di un proprio modo di leggere i bisogni e di configurare le occorrenti misure satisfattive»[41].

---

[39] In attuazione di una peculiare declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale che contempla l'esercizio da parte di soggetti privati di attività pubbliche per finalità e cura di interessi della collettività valorizzando, al contempo, l'autonoma iniziativa dei cittadini nel rispetto della libertà individuale di coloro che con spirito di solidarietà sociale assumono delle iniziative nell'interesse proprio e a vantaggio della collettività. Fondamentale il riferimento a S. Romano, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1912, 176 ss.; G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlano, (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, parte III, Milano, 1920 e 1935.

F. De Leonardis, *Esercizio privato di funzioni pubbliche*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 2296 ss. A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Milano, 2005. F. Giglioni, *Sussidiarietà orizzontale e terzo settore*, in *www.astridonline.it*

[40] Apparentemente, infatti, esse promuovono lo svolgimento delle attività e degli interventi socio-assistenziali e sanitari in collaborazione con gli attori sociali e, in particolare, con gli Enti del Terzo Settore definendone i compiti, le modalità di svolgimento delle attività e le responsabilità derivanti dalla presa in carico della persona, in una prospettiva integrata e coordinata delle attività a cui corrispondono diverse forme e livelli di riconoscimento e tutela. Le previsioni del Piano rappresentano tasselli di un processo riformatore più ampio incentrato sul tema dell'organizzazione amministrativa e delle reciproche interazioni/interferenze tra PA e privati in base all'art. 118 Cost. (In argomento, G. Arena, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006; V. Cerulli Irelli, *I principi ispiratori della riforma amministrativa. Per un'amministrazione al servizio dei cittadini*, in *Aggiornamenti sociali*, 11, 1998, 274 ss. Id., *Sussidiarietà*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2004, vol. XII; G. Pastori, *Le trasformazioni dell'amministrazione e il principio di sussidiarietà*, in *Quad. reg.*, 2002, 59 ss. *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale* in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, 1749 ss; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1/2002, 5 ss. D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013).

[41] G. Berti, *Amministrazione e Costituzione*, in A.A. V.V., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995, 463.

Invero, la constatazione dell'ampiezza, mutevolezza e differenziazione delle situazioni e dei bisogni individuali, prima ancora che delle funzioni amministrative, è alla base della ricerca di modelli organizzativi alternativi, collaborativi, integrati e flessibili che esaltano la funzione pubblica e, al contempo, valorizzano l'apporto dei privati per la straordinaria capacità delle organizzazioni di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento e di realizzare attività che intercettano interessi contigui alla sfera pubblica (interessi pubblici) e a quella sociale (interessi generali), e che pertanto sono in grado di offrire un quadro più ampio (e più completo) dei bisogni da soddisfare e degli strumenti più idonei allo scopo.

Il crescente riconoscimento a livello legislativo del ruolo di enti e organizzazioni privati e della funzione sociale è frutto di una visione ben precisa incline a riconoscere una «delega» in favore di tali enti in base a una valutazione di necessità che il servizio o l'attività siano resi a beneficio della collettività di riferimento in regime di sussidiarietà, non in sostituzione dell'azione pubblica, ma in rapporto di complementarietà.

Il modello sussidiario caratterizzato dalla relazione continuata e collaborativa tra Pubblica Amministrazione e soggetti privati trova la sua massima espressione nel sistema integrato dei servizi socio-sanitari e assistenziali alla persona in relazione a quelle attività che non possono più ritenersi di esclusiva pertinenza delle organizzazioni pubbliche.

L'attuazione dello stesso è stato al centro di un dibattito che si è sviluppato di pari passo con l'evoluzione del concetto di malattia e di tutela della salute ed è culminato con il passaggio dall'affidamento all'autodeterminazione e alla condivisione delle scelte di salute responsabilizzando gli enti territoriali chiamati ad attivarsi con azioni e programmi mirati in base a un rinnovato approccio collaborativo e sussidiario alla base del modello di amministrazione condivisa codificato nel decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 (cd. Codice del Terzo Settore).

Al Codice va il merito di aver conferito pieno riconoscimento agli Enti del Terzo Settore restituendo dignità alla relazione (o al rapporto con la Pubblica amministrazione) fino ad allora sprovvista di organica e sistematica disciplina e regolamentazione attraverso l'introduzione di strumenti *ad hoc* di cui agli artt. 55-57 del Codice del Terzo Settore volti a coinvolgerli «nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi» nei settori di interesse generale.

Volutamente il legislatore nel Codice ha utilizzato una formula omnicomprensiva che abbraccia gli interventi, servizi e prestazioni in diversi settori (sociale, sanitario, culturale, educativo, di tutela dell'ambiente e di riqualificazione urbanistica ed edilizia) i quali presuppongono «un'importante capacità organizzativa e di intervento, con conseguente risparmio di risorse e innalzamento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno"»[42].

Vero è che, tuttavia, nel corso degli anni il ricorso a questi strumenti non è stato adeguatamente valorizzato, da ultimo, come innanzi accennato, neanche dal PNRR[43].

Senza sottovalutare, inoltre, l'impatto della materia «non materia» e della disciplina del Codice del Terzo Settore sul riparto delle competenze statali e regionali nel settore della sanità e dei servizi sociali, per la compresenza di profili privatistici e gius-pubblicistici rispetto alla quale le Regioni hanno assunto iniziative diversificate in un clima di profonda incertezza.

Si è delineato, quindi, un quadro di riferimento oltremodo destabilizzato e destabilizzante – anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 227/2021 la cui disciplina è apparsa da subito tutt'altro che garantista sul piano della tutela assistenziale delle persone con disabilità, nonché procedimentale ai fini dell'accertamento e della valutazione della disabilità affidata a regole discriminatorie – in aggiunta alla confusione e conflittualità istituzionale generata dalla definizione dei Lep[44].

Complice anche l'inerzia del legislatore statale «compensata» fino ad ora da iniziative del legislatore regionale, piuttosto che direttamente dal Governo, o addirittura da province e comuni singoli o associati, gli interventi tampone hanno prodotto effetti devastanti risultati particolarmente evidenti nel corso della pandemia.

---

[42] G. Arena, *L'amministrazione condivisa e i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 1449 ss.; E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*; A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020.

[43] A. Poggi, *L'attuazione della sussidiarietà orizzontale e le prospettive del PNRR*, in N. Antonietti, A. Pajno (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, Bologna, 2022, 130 ss.

[44] Cfr. V. Tondi Della Mura, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grigie) del «Rapporto finale» del Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (Lep)*, in www.federalismi.it, n. 15/2024, 201-235.

In tale contesto irrompe sia il decreto legislativo 3 marzo 2024, n. 62[45] emanato in attuazione della legge n. 227/2021 sia la Legge sull'autonomia differenziata[46].

Se, in generale, dagli interventi normativi più recenti emerge la volontà di dare l'avvio a un sistema di *welfare* inclusivo supportando il modello assistenziale integrato a sostegno delle persone con disabilità[47], a ben vedere il quadro di riferimento appare nei fatti «sbilanciato» sul piano della tutela della salute a detrimento degli aspetti e delle prestazioni socio-sanitarie e di assistenza sociale ricomprese nei Lep[48].

[45] Recante «Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato», in GU n. 111 del 14 maggio 2024.

[46] Legge 26 giugno 2024, n. 86 recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata nelle Regioni a Statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma della Costituzione», in GU Serie Generale n. 150 del 28 giugno 2024.

[47] *Amplius*, in argomento, F. Masci, *Persona, scienza e linguaggio: l'inattuazione del programma costituzionale in materia di disabilità e dei relativi livelli essenziali delle prestazioni*, in *Corti supreme e salute*, fasc. 2/2024, spec. 637-691 ha sottolineato come il problema abbia delle radici piuttosto remote in quanto si è manifestato già all'indomani della approvazione della "Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Disabilità e degli Handicap" (I.C.I.D.H.) nella versione più recente: dal 2001 «l'ordinamento giuridico italiano continua ad avvalersi di procedure di accertamento e di definizioni prive di riscontro scientifico e linguistico». Id., *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del "disability divide"*, cit., 98-100.

[48] La disciplina ha dato adito a una serie di dubbi circa l'esatta determinazione del contenuto degli stessi, la cui assenza e/o incompletezza incide «sulla determinazione dei fabbisogni standard e sui modelli e strumenti di redistribuzione delle risorse da destinare a interventi perequativi, oltre che su un'accurata e coerente valutazione della corrispondenza fra risorse disponibili e fabbisogni» (Comitato Tecnico Scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali dele prestazioni, Rapporto finale, reperibile all'indirizzo *https://www.affariregionali.it/media/509321/1-rapporto-finale-clep-30102023-editing.pdf*, 14-15). Di recente, sul tema, M. Ladu, L. Spadacini, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Italian Papers On Federalism*, 2/2023. S. ARU, La definizione dei LEP, testo provvisorio della Relazione tenuta al Seminario dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" reperibile su https://gruppodipisa.it/images/seminari/2023_Seminario_Bari/Stefano_Aru_relazione_provvisoria.pdf. G.M. Napolitano, *Finalmente i livelli essenziali delle prestazioni sociali? La legge di bilancio 2022 tra ambiguità e nuovi sviluppi*, in *Dir. reg.*, 1/2023.

Ed infatti, il decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 citato, oltre a confermare le lacune della definizione incapace di ricomprendere e sintetizzare situazioni tanto diverse tra loro, delude le aspettative anche sul piano «sostanziale» quanto al recepimento normativo dell'ICF diretto a garantire l'emancipazione e l'inclusione delle persone con disabilità previa individuazione dei livelli essenziali di tutela, dei Lep e delle risorse disponibili[49].

Ed infatti, l'avvio dal 1° gennaio 2025 della procedura sperimentale, provvisoria e a campione, delle disposizioni relative alla valutazione di base, quella multidimensionale e del progetto di vita, nonché per assicurare il progressivo aggiornamento delle definizioni, dei criteri e delle modalità di accertamento delle patologie individuate presenta evidenti criticità.

A titolo meramente esemplificativo, giova evidenziare che per alcune delle patologie indicate, in assenza di un puntuale riferimento tabellare, la valutazione si rifà «al criterio analogico rispetto ad infermità analoghe e di analoga gravità» in base al citato d.m. 5 febbraio 1992 riproponendo le problematiche cui ha dato luogo l'applicazione delle precedenti tabelle.

La circostanza per cui in alcuni casi si procede alla valutazione in assenza dell'adozione del regolamento e nelle more dell'emanazione dei decreti attuativi della sperimentazione conferma le perplessità sull'impatto delle novità della disciplina, al di là delle preannunciate verifiche nel corso della sperimentazione in vista dell'estensione della riforma al 2026.

Le suesposte considerazioni confermano il principale *vulnus* della Riforma che consiste nell'aver omesso di considerare la disabilità un fenomeno sociale e dinamico, un concetto multiforme che difficilmente può essere ricompreso "in" e definito "da" una norma a meno che, come in questo caso, essa non sia in realtà una clausola aperta, come suggerisce il modello bio-psicosociale e della tutela antidiscriminatoria che valorizza le istanze di dignità ed il riconoscimento sociale della persona che tuttavia finora non hanno trovato riscontro sul piano procedurale.

Di conseguenza, la razionalizzazione ed uniformazione del processo di valutazione dell'*handicap* che sia quanto più possibile congruente, trasparente e agevole al fine di promuovere l'autonomia, l'uguaglianza e l'autodeterminazione delle persone con disabilità sembrerebbe privilegiare sia la componente dell'assistenza e della cura sia quella sociale (inclusiva),

[49] Cfr., A. Poggi, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in www.federalismi.it, n. 3/2024, 4-14.

ma perde di valore ed efficacia a fronte della dichiarata e non meglio specificata necessità di «conferma(re) e garant(ire) la specificità e l'autonoma rilevanza di ciascuna forma di disabilità» [(art. 2, comma 2, m. 2 lett. b][50].

Così facendo, il legislatore si è lasciato sfuggire un'importante occasione di riscatto (*id est*: riqualificazione dei servizi socio-assistenziali per l'accesso, l'inclusione e la presa in carico globale delle persone con disabilità, la promozione di condizioni di vita, di cura e di assistenza elevati a tutela della loro dignità) e di implementazione dello «Statuto delle persone con disabilità e le loro famiglie», con inevitabili ripercussioni sul piano dell'assistenza socio-sanitaria ed assistenziale e della tutela dei loro diritti.

Allo stato, infatti, prevale la sensazione che «la presa in carico pubblica della persona sarà ancora un *optional* riservato a un gruppo ristretto di persone vulnerabili»[51] individuate in base all'età anagrafica e alla tipologia di disabilità, almeno fino a quando non si sarà provveduto ad aggiornare le definizioni, i criteri e le modalità di accertamento della disabilità.

Evidente, infatti, è a mio avviso l'errore di metodo e di impostazione

---

[50] Con riserva di ritornare sul punto in seguito, giova evidenziare che il procedimento unitario (e unificato) di valutazione di base, sarà affidato all'INPS dal 1° gennaio 2026, e la certificazione della condizione di disabilità, sarà unificata al processo dell'accertamento dell'invalidità civile, della cecità civile, della sordocecità, degli alunni con disabilità, degli elementi utili alla definizione della condizione di non autosufficienza. Il procedimento sarà attivato da un certificato medico introduttivo. Seguirà un procedimento di valutazione multidimensionale per la predisposizione del progetto di vita. Si tratta di una valutazione bio-psico-sociale, effettuata in collaborazione con la stessa persona con disabilità e che, partendo dalla valutazione di base si completa con gli elementi del contesto sociale concreto della persona. Della unità di valutazione faranno parte anche soggetti delle istituzioni ed enti assistenziali coinvolti nella fase attuativa per creare un vero e proprio patto di corresponsabilità. Si prevede, inoltre, anche il diritto all'accomodamento ragionevole, cioè la possibilità di modifiche e adattamenti, purché non eccessivi o sproporzionati, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio dei diritti civili e sociali.

[51] F. Cembrani – M. Cingolani – P. Fedeli, *L'inclusione della persona disabile con strumenti tecnologici: occasione di un primo commento alla legge-delega al Governo in materia di disabilità*, in *Riv. it.med.leg. (e del Diritto in campo sanitario)*, n. 2/2022, 267 ss. a conclusione di un'attenta disamina del tema indagato osservano che «L'impressione generale è quella di un *restyling* incompleto, abborracciato e solo parziale oltre che asincrono rispetto agli ambiziosi obiettivi dichiarati dal PNRR il quale – laddove non lo si voglia (re)impostare e correggere – creerà più problemi che novità, comunque inadeguate rispetto all'indispensabile sussulto di responsabilità e di impegno necessario a dar voce ai tanti invisibili che popolano il complesso e variegato mondo della disabilità».

che trapela dal testo della Riforma la quale tende a scaricare sulle famiglie delle persone più fragili e vulnerabili a causa della disabilità i costi e la responsabilità dell'assistenza[52].

Poche certezze, molti vuoti e contraddizioni della legge e della disciplina, a cominciare dalle valutazioni (di base e multi-dimensionale) della disabilità che appaiono incongruenti, non trasparenti e del tutto slegate dalle reali esigenze inclusive e/o di assistenza della persona in un sistema sanitario e socio-assistenziale formalmente integrato, ma iniquo e discriminatorio dal punto di vista delle garanzie e della concreta esigibilità dei diritti all'esito delle valutazioni differenziate e degli accomodamenti ragionevoli, frutto di dinamiche socio-culturali che hanno decretato il fallimento dei rapporti tra la società e le persone con disabilità.

È in tale contesto che, parallelamente, si è sviluppato il processo riformatore finalizzato alla individuazione formale dei Lep, all'implementazione e all'efficientamento dell'organizzazione e dei servizi e dell'assistenza per le persone con disabilità e al risparmio di spesa[53].

Effettivamente, gli interventi normativi più recenti ispirati ad un approccio olistico e globale al concetto di salute e disabilità hanno posto le basi per la Riforma responsabilizzando in particolare le Regioni e «le loro articolazioni operative (a cui spetta) il ruolo di accompagnare le Persone con Disabilità nello sviluppo e l'articolazione di un "progetto personalizzato" di intervento con la ricomposizione di tutti i sostegni necessari all'inclusione sociale e all'esercizio dei diritti»[54].

---

[52] Al contrario la Missione 5 del PNRR sottolinea la necessità di intercettare le situazioni di fragilità sociale ed economica offrendo il necessario sostegno alle famiglie attraverso interventi mirati per le persone con disabilità e gli anziani attraverso un «rilevante investimento infrastrutturale, finalizzato alla prevenzione dell'istituzionalizzazione attraverso soluzioni alloggiative e dotazioni strumentali innovative che permettano di conseguire, e mantenere la massima autonomia, con la garanzia di servizi accessori, in particolare legali alla domiciliarità, che assicurino la continuità dell'assistenza secondo un modello di presa in carico socio-sanitaria coordinato on il parallelo progetto di rafforzamento dell'assistenza sanitaria e della rete sanitaria territoriale» con le risorse del PNRR, del Fondo per la disabilità e la non autosufficienza e con la «razionalizzazione e riprogettazione dell'impiego delle risorse previste ea legislazione vigente per il settore della disabilità» (art. 3).

[53] Cfr. S. Mabellini, *La solidarietà tra i territori alla prova del regionalismo differenziato*, in *Riv. Dir. Comp.*, n. 5/2024, 48 ss.

[54] Cfr., Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità in attuazione della legislazione nazionale e internazionale ai

Ciò, naturalmente, previa individuazione dei Lep e servizi sanitari e socio-assistenziali di competenza statale in base ai quali le Regioni sono chiamate a programmare, organizzare i servizi e le prestazioni essenziali erogate dai Comuni.

In realtà, l'inerzia statale protratta nel tempo ha legittimato le Regioni (e non solo) ad intervenire in via suppletiva dando vita a un circolo vizioso che ha alimentato i conflitti interistituzionali.

A ciò aggiungasi che l'«essenzialità» dei servizi e delle prestazioni è una caratteristica che li connòta in negativo, almeno fino a quando essa dipenderà dalla disponibilità delle risorse anziché essere parametrata in base all'effettivo fabbisogno nazionale che dovrebbe influire sulla determinazione statale, sull'attuazione regionale e sull'erogazione comunale dei Lep al fine di assicurare le stesse opportunità di sviluppo, di partecipazione e *standard* minimi di tutela alle persone con disabilità.

È evidente che, allo stato, il recepimento normativo dei criteri di classificazione della disabilità non garantisce il risultato atteso (la totale presa in carico della persona in base al concreto fabbisogno di beni, servizi e prestazioni) che postula l'esistenza di un obbligo di procedere e di provvedere a garanzia dei livelli essenziali con la compartecipazione di soggetti privati, specie Enti del Terzo Settore.

Per comprendere quale potrebbe essere il percorso di definizione dei Lep [id est, degli «standard minimo di servizio» di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.] e le conseguenze derivanti dalla loro applicazione, occorrerà attendere gli sviluppi e gli esiti della Riforma Calderoli, al netto dei ricorsi proposti da alcune Regioni[55] su cui si è pronunciata di recente la

sensi dell'art. 3, co. 5, della legge 3 marzo 2009, n. 18. Dal D.L. 28 febbraio 2019 al d.d.l. 2 novembre 2021, n. 3347 da cui è originata la legge 22 dicembre 2021, n. 227, cit. che si colloca nel solco delle riforme previste dal PNRR i successivi decreti dovranno attenersi alla Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030 (COM (2021) 101 final, 3 marzo 2021 e alla Risoluzione del Parlamento europeo 7 ottobre 2021 sulla protezione delle persone con disabilità.

[55] Ricorsi n. 28 della Regione Puglia; n. 29 della Regione Toscana, pubblicati nella GURI del 11 settembre 2024; ricorsi n. 30 della Regione Sardegna e n. 31 della Regione Campania, pubblicati nella GURI 18 settembre 2024. R. Bin, *Autonomia differenziata: perché le regioni dovrebbero impugnare la "legge Calderoli"*, in www.lacostituzione.info secondo cui la legge n. 86/2024 pretende di attuare il progetto di regionalismo differenziato ex art. 116, co. 3, Cost. «ignorandone la lettera e lo spirito» ciò nonostante la Corte ne ha decretato la «sopravvivenza nel suo complesso» adottato un criterio di valutazione e di giudizio «selettivo e non globale». Le espressioni tra virgolette sono tratte dall'ordinanza

Corte costituzionale ritenendo legittimo l'impianto generale della legge 26 giugno 2024, n. 86, pur ravvisando l'illegittimità di diverse disposizioni sotto diversi profili[56].

In tale decisione "interlocutoria", anticipata da un comunicato del 14 novembre u.s.,[57] la Corte ha rilevato diverse incongruenze e contraddizioni della legge che attua una sorta di "decostituzionalizzazione" del processo di realizzazione del regionalismo differenziato, travisandone completamente il senso e la portata da diversi punti di vista[58].

Al netto delle singole censure che non saranno illustrate in questa sede, non vi è dubbio che i profili evidenziati dalla Corte involgono i punti cardine su cui si regge l'intera disciplina, tant'è che di fatto la Corte "salva" soltanto lo scheletro della legge che tuttavia non trova nella previsione dell'art. 116, comma 3, Cost. un valido appiglio costituzionale in assenza del richiamo e rispetto dei principi (strumentalità, congruità, sussidiarietà e proporzionalità) in base agli interessi da soddisfare che dovrebbero sovrintendere le richieste[59] «in funzione del bene comune della società e della tutela dei diritti garantiti dalla nostra Costituzione»[60].

In quest'ottica, non si può fare a meno di evidenziare, in generale, che

---

della Corte di Cassazione del 12 dicembre u.s. In argomento, cfr., G. M. Salerno, *La prossima pronuncia della Corte costituzionale sulla "legge Calderoli": quali prospettive costituzionali?*, in www.federalismi.it, n.27/2024.

[56] Corte cost., 3 dicembre 2024, n. 192.

[57] A cura dell'Ufficio Comunicazione e Stampa, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it. L.A. Mazzarolli, *I contenuti della sentenza della Corte costituzionale sulla c.d. «legge Calderoli» n. 86/2024*, in www.ambientediritto.it.

[58] *Amplius*, di recente, sul tema N. Gullo, *Il ridimensionamento dell'interesse nazionale nella legge Calderoli: quale strategia di "riallineamento" costituzionale? Dalla legge "procedurale" alla legge di principi*, in *Ist.fed.*, n. 2/2024, 324 ss. ha evidenziato tutti i limiti della legge che detta una disciplina quasi esclusivamente "procedurale" sottolineando la necessità di un intervento volto a «ricondurre il regionalismo differenziato nell'alveo del sistema costituzionale, in modo da evitare che possa trasfigurarsi in un progetto di ingegneria istituzionale destinato ad alterare, senza effettiva copertura costituzionale, il modello regionale italiano e a compromettere le esigenze unitarie dell'ordinamento italiano». S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato dalla differenziazione dissolutiva*, in www.federalismi.it, n. 7/2023.

[59] Cfr., A. Ruggeri, *Il regionalismo differenziato fa tappa presso la Consulta prima di riprendere il suo viaggio verso…l'ignoto*, in *Dir.reg.*, 3/2024, 857 ss. G. De Minico, *Parere pro veritate sulla legittimità costituzionale della Legge n.86/2024*, in www.federalismi.it, n. 29/2024.

[60] Id., *Dopo la pronuncia della Cassazione, il referendum "totale" sulla legge 86 del 2024 cambia pelle, convertendosi in…parziale*, in *Dir.reg.*, 3/2024.

il D.lgs. 3 maggio 2024, n. 62/[61] (in vigore dal 30 giugno u.s.), così come, in particolare, l'istituzione della Cabina di regia per la determinazione dei Lep in favore delle persone con disabilità[62] destano non poche perplessità a fronte di un testo "interlocutorio" e prodromico all'emanazione nei successivi 6 mesi di un decreto ministeriale le cui disposizioni saranno applicabili dal 10 gennaio 2025 u.s. e in attesa dei tempi tecnici necessari, imprevisti e imprevedibili, prima che tale organismo sia operativo e vada a regime. Senza sottovalutare la complessità dell'incarico da espletare che si articola in una serie di attività diverse ma connesse tra loro.

In particolare, si prevede che la Cabina di regia proceda in via preliminare alla ricognizione delle prestazioni essenziali delle persone con disabilità e, successivamente, a proporre le linee guida per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni con contestuale riconoscimento del progetto individuale di vita come tale; ancora, alla verifica delle modalità di integrazione dei Lep con i Lea; infine, ad assicurare il coordinamento e la piena effettività della normativa riguardante sussidi, incentivi e agevolazioni per le persone con disabilità e degli invalidi civili individuando le concrete modalità attuative e prevedendo anche collaborazioni con soggetti pubblici, privati ed enti del Terzo Settore.

Essa concorre a determinare gli indirizzi di impiego delle risorse destinate alla definizione e all'attuazione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato, secondo i principi di sussidiarietà e differenziazione e in base ai modelli territoriali di assistenza integrata.

A parere di chi scrive, in concreto, il fulcro dell'incarico consiste proprio nell'attività ricognitiva e di proposta ai fini della individuazione dei Lep, prodromica alla verifica delle modalità di integrazione con i

[61] D.Lgs. n. 62/2024 cit. Prodromi normativi del Decreto e del Progetto si rinvengono nella legge n. 328/2000 e nella legge 22 giugno n. 112 sul "durante e dopo di noi". Il diritto al progetto di vita si realizza attraverso la piena inclusione sociale e la partecipazione nei diversi contesti di vita della persona con disabilità, previa individuazione della quantità, qualità ed intensità di interventi, risorse, strumenti, prestazioni, servizi idonei allo scopo nei contesti scolastici, formativi, abitativi, lavorativi e sociali.

[62] Tale organismo presenta una composizione variegata che comprende oltre ai ministri competenti per materia, anche un delegato della Commissione tecnica per i fabbisogni *standard*, il Presidente della Conferenza delle Regioni, il Presidente dell'ANCI e i Presidenti delle Federazioni maggiormente rappresentative delle Associazioni in materia di disabilità.

livelli essenziali di assistenza (LEA) inscindibilmente legata alle previsioni e all'attuazione del progetto di riforma dell'autonomia regionale differenziata in cui «a venire in gioco è (sia) il rapporto dinamico di distribuzione e riconoscimento reciproco di prerogative istituzionali tra autorità nazionali e autorità locali (che) gli strumenti con cui veicolare una corrispondente declinazione della tutela dei diritti della persona (…)»[63].

Il dibattito pubblico che ne è scaturito ha avuto un'influenza e un impatto notevole ai fini dell'emersione e l'affermazione del modello di amministrazione "di prossimità", contribuendo altresì alla definizione, all'ampliamento e alla valorizzazione degli obiettivi (cura e assistenza delle persone con disabilità) fino alla recente approvazione della legge n. 86/2024.

In contrapposizione con la tendenza centripeta, attrattiva cioè della cura, dell'assistenza e della responsabilità di gestione degli interessi pubblici a livello statale che aveva preso piede nel corso della crisi sanitaria, essa intende inaugurare un modello decentrato collaborativo con l'intento di correggere alcune disfunzioni.

Com'è noto, la legge subordina l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. mediante la sottoscrizione di intese temporanee alla previa determinazione dei LEP garantendone la copertura in tutte le regioni, comprese quelle che non hanno sottoscritto le intese, delle funzioni in relazione alle quali le regioni possono chiedere maggiori spazi di autonomia (tra cui l'assistenza sociale), pena il mantenimento delle stesse in capo allo Stato [cfr., art. 1, commi 791-801, legge 29 dicembre 2022, n. 197 (Legge di bilancio per il 2023); art. 3, d.l. Calderoli e artt. 1, comma 2 e art. 3 della legge][64] con successivi

[63] F. Cortese, *Le Regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, n. 1/2023, 335 ss.

[64] All'esito di un procedimento articolato e complesso che prevede l'intervento della Commissione tecnica per i fabbisogni standard e della Cabina di regia, l'acquisizione dell'intesa della Conferenza unificata; il parere delle Camere entro 45 giorni o il decorrere di tale termine; l'approvazione con d.p.c.m. Per una disamina accurata degli errori di metodo e di merito della Riforma si rinvia a F. Pallante, *Il d.d.l. Calderoli in tema di regionalismo differenziato. Una lettura critica*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 2/2023, 9 ss. A. Poggi, Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere, in www.federalismi.it, n. 3/2024, VII; G. De Minico, *I due nodi e i pericoli nell'autonomia differenziata*, in *Il Sole 24 ore*, 21 febbraio 2024.

decreti attuativi da emanare nei due anni successivi all'entrata in vigore della stessa[65].

Tale previsione, a mio avviso, pecca di eccessiva genericità ed indeterminatezza a causa della oggettiva impossibilità di quantificare alcuni Lep che non consentono una precisa e puntuale determinazione del fabbisogno territoriale *standard*. In mancanza, finora ci si è basati sostanzialmente sui livelli storici di copertura dei servizi che tuttavia non offrono alcuna garanzia di tutela dei diritti civili e sociali, da sempre in bilico tra vincoli di bilancio e disuguaglianze sociali. Né, oggi, la previsione del collegamento tra Lep e la determinazione di risorse in base alle quali stabilire i costi e fabbisogni standard pone al riparo dal rischio di sperequazioni nella distribuzione delle stesse tra le regioni.

Pressoché costante è il riferimento, nelle leggi come nella giurisprudenza, al «rispetto degli equilibri di finanza pubblica», alla «ricognizione della spesa storica», agli «stanziamenti di bilancio a legislazione vigente» soprattutto con riguardo al diritto alla salute, all'inclusione e all'assistenza delle persone con disabilità che entra nel bilanciamento con tali interessi.

Di recente, ha fatto scalpore la decisione del Consiglio di Stato che con sentenza n. 7089/2024 ha respinto il ricorso presentato dai genitori di uno studente nei confronti della decisione del Comune di ridurre le ore di assistenza assegnate per a.s. 2022/2023 rispetto a quanto previsto dal Piano Educativo Individualizzato (PEI) e richiesto dall'istituto scolastico[66].

Nella specie, il Collegio ha riconosciuto al PEI valore di proposta

[65] A. Cioffi, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza*, in www.giustiziainsieme.it. G.M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in www.federalismi.it, n. 1/2023, IV-XV.

[66] Consiglio di Stato, Sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089. *Contra* Trib. Monza 10 settembre 2024.

La decisione dei giudici di Palazzo Spada, ribaltando un orientamento che sembrava ormai consolidato in materia di diritto allo studio delle persone con disabilità e coerente con la *ratio* delle fonti internazionali (Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 marzo 2017, n. 2023 che ha riconosciuto l'autorità esclusiva del GLO nella determinazione del PEI), si fonda su una visione distorta del concetto di "accomodamento ragionevole"(ex art. 3, comma 2 della Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con Disabilità), in quanto considera qualsiasi intervento volto a garantire il diritto all'autonomia e alla comunicazione un onere finanziario spropositato.

che non produce effetti vincolanti e al diritto all'inclusione valore non assoluto, ma garantito «nei limiti delle risorse disponibili» (art. 3, comma 5, decreto legislativo 13 aprile 2017 n. 66) e purché esso non comporti oneri sproporzionati o eccessivi a carico della finanza pubblica, ritenendo legittima la decisione se ed in quanto la riduzione delle ore non aveva compromesso il risultato (il raggiungimento degli obiettivi formativi dell'alunno)[67].

Con ciò, la decisione dimostra di aver colto solo un aspetto del ben più complesso e articolato processo di integrazione per lo studente con disabilità, tralasciando di considerare l'obiettivo dell'inclusione scolastica che certamente «non può essere condizionata da logiche di bilancio o criteri statistici» al fine di assicurare piena tutela al diritto allo studio degli alunni con disabilità[68].

[67] Sull'irriducibilità del nucleo essenziale delle prestazioni e dei servizi sanitari e socio-assistenziali anche quando il legislatore adotti scelte mirate al contenimento della spesa sanitaria, cfr., *ex multis*, TAR Lazio – Roma, Sez. III, 13 luglio 2023, n.11658.

[68] Di recente, il Tribunale di Busto Arsizio ha ordinato la cessazione della condotta discriminatoria del MIM in seguito alla scelta di non assegnare le ore di sostegno indicate dal GLO (Gruppi Operativi di Lavoro per l'inclusione) all'interno del PEI per uno studente con disabilità. Richiamando i principi sanciti dalla Corte costituzionale (sentenze nn. 80/2010 e 275/2016 citate) e dalla S.C. (Corte di cassazione sez.un., 25 novembre 2014, n. 25011) in base alla normativa di riferimento (art. 15, comma 10, l. n. 104/1992) ha ribadito che «il diritto all'istruzione del disabile è consacrato nell'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale». In precedenza, lo stesso Tribunale, con sentenza 4 giugno 2024, n. 395, ha riconosciuto il carattere discriminatorio dei criteri di selezione del personale di una società condannata al pagamento di 5.000 euro in favore dell'associazione ricorrente intimando alla stessa di "promuovere un consapevole abbandono dei pregiudizi di età, genere, carichi e impegni familiari nelle fasi di selezione del personale per le posizioni di vertice con adozione, entro sei mesi, di un piano di formazione aziendale sulle politiche antidiscriminatorie che prevede corsi annuali con interventi di esperti ai quali siano chiamati a partecipare obbligatoriamente tutti i dipendenti". La decisione è ancora più significativa se solo si considera che non di rado la discriminazione è perpetrata nei confronti di mogli e madri di persone con disabilità che a prescindere dall'età hanno precisi obblighi di assistenza nei confronti dei familiari particolarmente fragili e vulnerabili i quali, quindi, nella specie, a loro subirebbero una discriminazione indiretta dalle scelte aziendali. Da ultimo, il TAR Campania – Napoli, 13 gennaio 2025, n. 343 sottolineando l'importanza di una progettazione personalizzata in linea con la normativa nazionale ed internazionale sui diritti delle persone con disabilità, ha disposto il risarcimento del danno in favore dei familiari di un alunno al quale erano

Con tale assunto, il Tribunale di Busto Arsizio ha inteso arginare gli effetti reali e/o potenziali della decisione del Consiglio di Stato che evidentemente non tiene neanche conto della carenza di docenti specializzati da colmare con la massima urgenza, come ribadito di recente dal MIM.

Ad avviso di chi scrive, anche a voler riconoscere al PEI il valore di mera proposta delle ore di sostegno e di assistenza specialistica per garantire l'inclusione scolastica dell'alunno, formulata dal GLO, risulta illegittima e arbitraria la riduzione discrezionale da parte dell'amministrazione degli enti locali o degli USR se ed in quanto essa sia del tutto sganciata dalla realizzazione del progetto scolastico e personale (emancipativo e inclusivo) dello studente con disabilità, e pertanto fonte di discriminazione indiretta nei confronti dell'alunno e di danno risarcibile su richiesta della famiglia.

A tutto concedere, nel caso in esame, il bilanciamento tra i Lep e le risorse disponibili in base alla legge di bilancio in linea di principio potrebbe non aver intaccato la garanzia e l'effettività del diritto fondamentale all'inclusione e all'assistenza dello studente con disabilità, ma non è affatto escluso che in sede di definizione dei Lep tali diritti in quanto "non assoluti" possano subire un arretramento sul piano delle garanzie e della tutela giurisdizionale, come del resto è già avvenuto in passato, ma questa volta per volontà del Governo e di concerto con le Regioni, con l'effetto di aumento dei divari territoriali e delle inefficienze del sistema.

L'autonomia differenziata era e resta al centro di molte importanti vicende a tratti poco chiare, specie con riguardo ai Lep in seguito dalla ricognizione legislativa effettuata dal Clep in termini molto generici ed esclusivamente nelle materie di competenza statale che dovrebbero essere trasferite alle Regioni in base al fabbisogno finanziario associato ai nuovi diritti determinato sulla scorta dei principi individuati dalla neo istituita Commissione.

All'indomani della seduta del 25 settembre u.s. riunitasi per approvare il relativo documento è emersa la circostanza per cui il costo (e le risorse necessarie a farvi fronte) debba essere calcolato «in base alle caratteristiche dei diversi territori, clima, costo della vita e agli aspetti sociodemografici della popolazione residente». Ebbene la decisione degli esperti lascia perplessi sul fronte della tutela della salute e dell'assistenza alle persone

---

state assegnate diciotto ore di sostegno scolastico ritenute insufficienti a coprire l'effettivo fabbisogno dello studente.

con disabilità, ove già si registrano notevoli differenze sui servizi offerti da regione a regione.

La diffusione combinata di queste storture sistemiche innesca vere e proprie spirali progressive, tra cui gli aumenti dei flussi di pazienti verso le Regioni più virtuose con rischio di collasso anche in questi territori.

L'art. 116, comma 3, Cost. prevede la possibilità di richiedere maggiori spazi di autonomia in 23 materie di cui all'art. 117, comma 3, Cost. molto eterogenee per 14 delle quali è prevista la determinazione dei Lep, tra cui la «tutela della salute». È, dunque, rivolgendo l'attenzione alla natura degli interessi da soddisfare, con uno sguardo alla Costituzione e, in particolare, alla centralità della persona nella sua dimensione sociale, in base alle disposizioni che ne tutelano la personalità e il suo corretto svolgimento, nonché dei beni funzionali alla produzione dell' "effetto utile e/o risultato" (ovvero al soddisfacimento degli interessi tutelati), che occorre valutare le implicazioni dell'attuazione della l. n. 86/2024 citata.

Invero, in proposito, regna totale incertezza a causa delle numerose variabili in gioco: dalle funzioni trasferite al numero e all'entità dei relativi finanziamenti al netto delle disuguaglianze preesistenti e persistenti sui LEA che potrebbero estendersi anche ai LEP e altri "effetti collaterali" che potrebbero verificarsi in assenza di politiche che favoriscano la convergenza verso *standard* di servizio comuni.

Invero, tali criticità, che svelano le contraddizioni della Riforma, fin dall'inizio erano note anche ai più convinti sostenitori della stessa che infatti avevano invitato ad una maggiore prudenza per la oggettiva difficoltà di «contemperare la diversità che deriva dall'autonomia regionale con l'esigenza di tutelare nello stesso modo i diritti fondamentali dei cittadini» garantendo l'accesso universale ai servizi e alle prestazioni in condizioni di uguaglianza su tutto il territorio nazionale, monitorando gli effetti della devoluzione delle materie alle Regioni nel lungo periodo ed evitando riconoscimenti di autonomia differenziata «a pacchetto»[69], in modo da preservare le specialità regionali senza compromettere l'unità del Paese.

In ogni caso, dal confronto con le previsioni della legge n. 227/2021 e del Decreto attuativo della legge delega, si evince che l'attività della neo istituita Cabina di regia in quanto "prodromica" rispetto alla determinazione dei Lep, presuppone il necessario coordinamento tra le attività svol-

[69] S. Cassese, *Regioni più poteri gradualmente*, in Italia Oggi n. 41 del 17 febbraio 2023, 7.

te da detto organismo e quelle strumentali alla determinazione dei Lep (individuazione, monitoraggio, verifica, ecc.)[70] che è tutt'altro che scontato, a prescindere da chi (Governo e Regioni?) debba a ciò provvedere.

Tali criticità potrebbero inverare il rischio di disallineamento rispetto ai tempi di attuazione delle Riforme a causa della oggettiva difficoltà di individuazione dei Lep oltre che delle funzioni di assistenza deferite alle Regioni, dell'assenza di indicazioni in merito agli indicatori e/o al sistema di monitoraggio dei Lep e, in generale, di tutti quei fattori che potrebbero concretare il rischio di fallimento dell'autonomia differenziata in un sistema in cui proliferano le disuguaglianze e i dubbi circa il reperimento delle risorse che dovrebbero coprire i costi dei Lep.

3. *Infrastrutture sociali per lo sviluppo e l'inclusione delle persone con disabilità: il ruolo degli Enti del Terzo Settore*

In tale contesto viene da chiedersi quale possa essere in concreto il ruolo degli Enti del Terzo settore nell'attuazione del programma costituzionale di emancipazione e di inclusione della persona con disabilità.

A tal fine, occorre verificare in concreto l'efficacia e la consistenza degli interventi e dei servizi erogati negli ambiti di loro competenza in attuazione del modello di amministrazione condivisa e/o di ulteriori forme di esercizio delle funzioni di programmazione ed organizzative che le Riforme apparentemente vogliono incentivare in risposta alle crisi e/o emergenze globali per far fronte ai bisogni e alle fragilità emerse nei contesti sociali e territoriali.

In effetti, il Terzo Settore (specie Organizzazioni di Volontariato e Associazioni di Promozione Sociale) "dentro" e "oltre" le crisi globali ha assunto un peso rilevante e svolge ruoli plurimi per la ripartenza del Paese disegnando nuovi percorsi da cui è possibile immaginare sviluppi

[70] La l. n. 197/2022 citata (commi 792 e 793) ha individuato tra i gruppi di prestazioni sociali l'assistenza sociale riconducibile ai Lep e ha scadenzato i tempi per la determinazione dei Lep che sono stati successivamente rimodulati dal D.L. 30 dicembre 2023, n. 215 (Decreto "Milleproroghe") conv. in legge 23 febbraio 2024 n. 18. In origine l'individuazione delle materie o degli ambiti di materie riferibili ai Lep, insieme ai Lep medesimi con i relativi costi e fabbisogni sarebbe dovuta avvenire nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge di bilancio per il 2023.

inaspettati[71]: "portatore di interessi" (*stakeholder*), intermediario, portatore di risorse e co-investitore di un piano di sviluppo realmente trasformativo in base alla M5C2 del PNRR («Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore»).

In una prospettiva personale e collettiva finalizzata al recupero del principio della socialità, in base ad un approccio esegetico, attento alla prospettiva sussidiaria e al rapporto collaborativo tra istituzioni e cittadini, la predetta Missione ne valorizza la dimensione sociale nelle politiche sanitarie, urbanistiche, abitative, nei servizi alla persona a sostegno delle famiglie dei soggetti più fragili e vulnerabili non autosufficienti anche a causa di malattie invalidanti (specie anziani e persone con disabilità cognitive, motorie, sensoriali, relazionali, ecc.) per condizione socio-economica, lavorativa, etnica e di genere a fini di prevenzione dei rischi individuali e collettivi[72], nonchè il ruolo promozionale della persona e dei suoi diritti nella prospettiva della piena accessibilità a servizi e prestazioni e dell'inclusione nel rispetto/tutela della pari dignità sociale.

Quest'ultima, pacificamente considerata da dottrina e giurisprudenza «nuovo paradigma del(la funzione amministrativa e del) benessere individuale e collettivo»[73] e figurando tra le «Priorità Trasversali» del PNRR ove sono allocati ingenti investimenti «al fine di "assicurare idonee condizioni … sociali e lavorative alle persone con disabilità su tutto il territorio nazionale"», si pone al centro di un processo culturale non privo di ostacoli[74]. Prova ne sia il mutato approccio del PNRR rispetto al quale si pone il problema di ristabilire la visione prospettica originaria improntata al principio di socialità in una logica sussidiaria e collaborativa.[75]

---

[71] M. A. Quiroz Vitale, *Quale Terzo Settore dopo la L. 104 del 2024? L'importanza di un'agenzia indipendente per tutto il "No Profit"*, in *Società e diritti*, n. 17/2024, 2-21.

[72] Cfr., Riforma 2.2 – Sistema degli interventi in favore di anziani non autosufficienti; Investimento 1.1. Sostegno alle persone vulnerabili e prevenzione dell'istituzionalizzazione degli anziani non auto-sufficienti; Investimento 1.2 – Percorsi di autonomia delle persone con disabilità; Investimento 1.3 – Housing temporaneo e Stazioni di posta per le persone senza fissa dimora).

[73] M. Interlandi, *Inclusione sociale e performance pubblica: i nuovi paradigmi della funzione amministrativa*, in Id. (a cura di), *Funzione amministrativa*, 184.

[74] In argomento, N. Lipari, *Il terzo settore tra gratuità e cittadinanza,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2/2024, pp. 557-571.

[75] Giova, in proposito, riferire che il modello di assistenza sanitaria territoriale teorizzato dal PNRR e sviluppato dal d.m. n. 77/2022 promuove la «valorizzazione della partecipazione di tutte le risorse della comunità nelle diverse forme e attraverso il

Indubbiamente, il tema del sostegno alle famiglie per l'esercizio dei diritti di cittadinanza e l'accesso ai servizi pubblici essenziali ha una forte connotazione sociale, coinvolge responsabilità collettive, ed è assoggettato a regole giuridiche, ma presuppone anche la riscoperta del dialogo con altri saperi e il coinvolgimento di più rapporti sociali, la riorganizzazione e trasformazione di strutture preesistenti, la formazione di competenze che si sviluppano e si trasformano attraverso una continua assunzione di responsabilità.

Ed effettivamente sia la legge n. 227/2021 che il Decreto 3 maggio 2024, n. 62 (cd. «decreto progetto di vita») chiamano in causa innanzitutto le Pubbliche Amministrazioni puntando sulle capacità di auto-organizzazione delle stesse che si esplicano in particolare mediante il ricorso alla cooperazione nel settore dei servizi sociali, specie con gli Enti del Terzo Settore i quali assumono il ruolo di precursori del cambiamento e principali attuatori del progetto *de quo*, in quanto espressione di un nuovo modello organizzativo integrato alternativo per l'affidamento dei servizi sociali, basato sulla solidarietà e sussidiarietà orizzontale ex artt. 2 e 118, comma 4, Cost. (dal punto di vista della formazione e delle competenze), e partecipato di assistenza socio-sanitaria.

La partecipazione degli Enti del Terzo Settore all'esercizio delle funzioni amministrative sembra, tuttavia, non trovare ad oggi un ancoraggio

coinvolgimento dei diversi attori locali» per lo sviluppo della sanità territoriale. Per un approfondimento dei concetti di "Partecipazione", "coinvolgimento" e "co-produzione" in una prospettiva più ampia dell'amministrazione di prestazione e della responsabilità della cura e dell'assistenza, cfr., A. Pioggia, *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Bologna, 2024. Su questi temi, M. D'Arienzo, *La sanità in trasformazione: dalla legge n. 833 del 1978 al dm 77/2022. Appunti e proposte sulla Riforma dell'assistenza sanitaria territoriale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2023, 391 ss.

Cfr., Corte cost. n. 131/2020, cit. commentata tra gli altri da AA.VV., *La svolta della Corte costituzionale*, Euricse 2020; E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 224 ss.; A. Gualdani, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.federalismi.it, n. 21, 2021, 113; M. Galdi, *Riflessioni in tema di Terzo settore e interesse generale. Osservazioni a Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131*, ivi, n. 32/2020, 88 ss.; L. Gori, *Co-progettazione, la sponda della Consulta*, in www.vita.it/it/article/2020/06/26/co-progettazione-la-spondadella-consulta/156023, 2020; Id., *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *Riv. imp. soc.*, 2020; E. Rossi, *Il cammino adesso è aperto a un'amministrazione condivisa*, in www.avvenire.it (luglio 2020); F. Giglioni, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in www.labsus.org (luglio 2020).

sicuro nella disciplina quanto alle modalità, condizioni e finalità di tale coinvolgimento e del ruolo complessivo riconosciuto ai privati nel nuovo modello di amministrazione[76]. Da questo punto di vista, anzi, anche nella nuova stagione inaugurata dal Codice dei contratti pubblici permangono incertezze istituzionali e carenze organizzative, sottovalutandosi il contributo dei privati il cui intervento è invece particolarmente apprezzabile in un'ottica di sussidiarietà orizzontale e convergenza di interessi.

Eppure, come ricordato di recente dal Ministero del Lavoro nella nota n. 46/1059 del 7 luglio 2023, l'art. 55 del Codice del Terzo Settore chiaramente chiede il coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore nel significato specificato dal DM. n. 72/2021[77] per la realizzazione di interventi infrastrutturali finalizzati, tra l'altro, all'avvio di percorsi di vita autonoma ed indipendente destinati a persone con disabilità, dal momento che essi «costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale»[78].

---

[76] G. Gotti, *La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive*, in www.federalismi.it, n.8/2024, 51-91.

[77] Ove si precisa che «il coinvolgimento attivo significa, anzitutto, sviluppare sul piano giuridico formale di confronto, di condivisione e di co-realizzazione di interventi e servizi in cui tutte e 2 le parti – ETS e PP.AA. – siano messi effettivamente in grado di collaborare in tutte le attività di interesse generale…Nell'ambito di una procedura d'appalto è l'Ente pubblico a definire sostanzialmente tutto, ad eccezione dello spazio, lasciato dagli atti della procedura, al contenuto dell'offerta dell'operatore economico concorrente. Il rapporto di collaborazione sussidiaria, che connota gli istituti del 'Codice del Terzo Settore', è – per tutta la durata del rapporto contrattuale/convenzionale – fondato sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del Progetto (del servizio e/o dell'intervento), passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al Progetto, fino alla conclusione delle attività di Progetto».

[78] Corte cost. n. 131/2020, cit. che valorizza il ricorso alle forme di amministrazione condivisa tra Pubbliche Amministrazioni ed Enti del Terzo Settore ai fini dell'affidamento degli appalti di servizi di interesse generale ad essi riservati.

Gli appalti di servizi alla persona e i servizi sociali risultano assoggettati a un regime specifico in base alla Direttiva 24/2014/UE. In linea con le previsioni del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 anche nel D.Lgs. n. 36/2023, la vincolatività dei principi di trasparenza e di parità di trattamento costituisce il limite esterno alla discrezionalità organizzativa delle stazioni appaltanti cui si riconosce «la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità dei servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale» (Cons. 114). Ai sensi dell'art. 128 del nuovo Codice, infatti, agli appalti di servizi di importo

A tal fine essi necessitano di un'organizzazione stabile di risorse, strutture, reti, competenze in grado di garantire agli utenti «il diritto a una vita degna, nutrita di senso e non solo di utilità»[79] (che nella specie si identifica con l'inclusione e l'integrazione socio-sanitaria ed assistenziale).

Il coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore è espressione, quindi, di un approccio multidimensionale e multifattoriale alla cura e all'assistenza in un sistema incentrato sui bisogni materiali, esistenziali e relazionali della persona.

Ne consegue, quindi, che nelle procedure di affidamento dei servizi socio-assistenziali e sociali per «attività a spiccata valenza sociale» ex art. 6 del Codice dei contratti pubblici, essi dovranno farsi carico degli obblighi

---

inferiore alla soglia eurounitaria (affidamento ed esecuzione) «si applicano i principi e i criteri di cui al comma 3 (dovendo) l'affidamento … garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle specifiche esigenze delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilità degli utenti». Il problema, già emerso nel vigore del D.Lgs. 50/2023 concerne la compatibilità tra la modalità organizzativa prescelta per gli appalti sotto soglia (affidamento diretto), il principio di rotazione e l'esigenza di garantire la continuità assistenziale (ritenuta prevalente e derogatoria del principio *de quo*. Cfr., TAR Lazio – Latina, Sez. I, 6 marzo 2018, n. 105) richiamata, di recente, anche dalle Linee guida Anac (n. 17/2022) che hanno previsto l'obbligo di adeguata motivazione in capo alle stazioni appaltanti mediante l'«individua*zione di* una durata idonea del contratto o *la* prev*isione*, nei documenti di gara, la possibilità di un rinnovo del contratto alla scadenza oppure, ancora, *l'*attiva*zione del*la clausola sociale prevista nel contratto collettivo nazionale di riferimento». La previsione, per quanto non abbia trovato un riscontro del nuovo Codice, resta comunque degna di nota per la valutazione degli effetti, anche solo potenziali, dell'introduzione di una disciplina in deroga al principio di rotazione degli affidamenti nei settori in questione in una prospettiva di maggiormente liberalizzante (cfr. art. 108, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 36/2023) compensata dall'obbligo di motivazione dell'organizzazione del servizio («in modo da assicurar*n*e la continuità per tutta la durata del bisogno» (§ 7.2 Linee guida Anac, cit.), con la conseguenza che «la durata del contratto deve essere adeguata alla tipologia dei bisogni (da soddisfare) e degli interventi da organizzare») e sul piano del sindacato giurisdizionale.

[79] L'espressione è di M.A. Cabiddu, *Patrimonio culturale e paesaggio: il bello dell'Italia*, in M.A. Cabiddu – N. Grasso, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2023, 21. Decisivo si rivela il richiamo all'art. 2 Cost. quale clausola generale che consente l'ampliamento del catalogo dei diritti riconosciuti meritevoli di tutela di diritti esistenziali e personali, quando ormai l'Italia è entrata ufficialmente nella Fase 2 del PNRR e si prepara per la verifica per la domanda della sesta rata (avvio delle opere infrastrutturali nell'ambito della Zes del Mezzogiorno e potenziamento dei collegamenti ferrovieri nel Mezzogiorno).

strutturali, formativi e componenziali, strumentali al raggiungimento del risultato [ovvero, all'attivazione dei servizi e delle prestazioni inseriti nel progetto di vita, in base al contesto di vita, alla dimensione territoriale e all'ambito (area) di intervento (sociale, sanitario, ricreativo, sportivo, ecc.)] per non incorrere in responsabilità da *deficit* organizzativo dovuto alla incapacità dell'ente di realizzare il diritto di partecipazione e all'inclusione della persona con disabilità nel contesto nel quale essa è stabilmente inserita e in conseguenze anche gravi per violazione del principio di buona organizzazione (*alias*: principio degli adeguati assetti strutturali, organizzativi ed amministrativi) dando rilievo alle scelte e ai fatti organizzativi sia ai fini dell'annullamento degli atti illegittimi che del risarcimento del danno[80].

[80] La responsabilità per difetto o inadeguatezza organizzativa sussiste in tutti i casi di disfunzioni o disservizi che abbiano arrecato lesione ai diritti fondamentali individuali a causa della colpevole inerzia di chi aveva il dovere di attivarsi per reperire le risorse necessarie, porre in essere le misure più idonee e ricercare la più adeguata soluzione organizzativa. Il che non fa che confermare la sussistenza di un nesso indissolubile tra organizzazione, protezione dei diritti della persona e obblighi di risultato che spinge il GA ad entrare nel merito della scelta organizzativa che, tuttavia, di per sé non basta a rendere esigibili obblighi specifici di facere, oggetto di autonoma pretesa da parte dei cittadini costruita esclusivamente attorno agli obiettivi. In argomento, *amplius*, M. Falcone, *La rilevanza dei profili organizzativi nel sistema delle responsabilità pubbliche*, in *Dir. amm.*, 3/2024, 851 ss.

A riprova della particolare sensibilità dell'ordinamento nei confronti dell'inclusione nelle commesse pubbliche, anche nei casi in cui esse non siano direttamente connesse ai contratti riservati di cui all'art. 61 del D.Lgs. n. 36/2023, giova richiamare una recente pronuncia del TAR Campania – Salerno, Sez. I, 11 dicembre 2023, n. 2917 riguardante un'offerta anomala contestata dalla stazione appaltante nei confronti di un concorrente che aveva indicato un quantitativo di personale affetto da disabilità comprendente la quasi totalità della forza lavoro impiegata nell'esecuzione dell'appalto. Tale scelta è stata ritenuta non anomala e rientrante nelle facoltà dell'operatore economico. Per un approfondimento sul tema, sia consentito rinviare a M. D'Arienzo, *Demitizzazione della concorrenza e principio del risultato nella contrattualistica pubblica*, cit.

In precedenza, TAR Campania – Salerno, Sez. I, 19 gennaio 2021, n. 158 ha respinto il ricorso presentato da una società per l'affidamento del servizio di gestione di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione di una spiaggia comunale attrezzata destinata a persone con disabilità, ritenendo legittimo l'affidamento dello stesso in favore di un Enti del Terzo Settore tramite lo strumento della co-progettazione per il miglior perseguimento delle specifiche finalità solidaristiche nel rispetto delle regole e dei principi generali in base agli indirizzi e criteri previamente individuati e deliberati.

In entrambi i casi, la scelta organizzativa non è espressione di una valutazione meramente politica, in quanto tale insindacabile, ma di discrezionalità amministrativa in senso stretto, rispetto alla quale il sindacato del G.A., condotto in base ai principi di ragione-

Resta il problema di stabilire le forme e le modalità del controllo sui risultati dell'attività svolta da questi Enti e organizzazioni. In assenza di indicazioni utili in tal senso si ritiene che la valutazione di adeguatezza allo svolgimento delle attività di cui essi si fanno carico deve essere condotta non in base ad obiettivi determinati o assegnati dall'Amministrazione, ma piuttosto rispetto a elementi o *standard* di garanzia posti a tutela dei destinatari dei servizi e/o delle prestazioni (Lep).

Tale profilo assume un rilievo assorbente rispetto all'esito (in ipotesi negativo) di tale valutazione che potrebbe condurre all'estremo di far sospendere le azioni sussidiarie in corso, con una eventuale riappropriazione da parte dell'Amministrazione di attività lasciate al Terzo Settore, in base a un'interpretazione fondata e possibile della sussidiarietà non come astensione, ma in positivo, come "dovere di ingerenza".[81]

Ciò allo scopo di evitare che, in mancanza di regolamentazione dell'intervento surrogatorio della PA, i cittadini siano costretti a sopportare il costo dell'inefficienza organizzativa, con conseguente ri-espansione dell'intervento pubblico e ri-accentramento dell'esercizio delle funzioni precedentemente decentrate in favore degli Enti del Terzo Settore.

4. *Conclusioni e spunti per l'elaborazione di modelli organizzativi e di innovazione sociale sostenibili*

In un sistema complesso e stratificato diversi fattori spingono, con maggiore determinazione rispetto al passato, nel senso di introdurre innovazioni radicali annunciate da troppo tempo al fine di raggiungere obiettivi strategici, tra cui la riforma della normativa sulla disabilità al fine

volezza e proporzionalità, entrando nel merito della scelta operata può, all'occorrenza, sovvertirla a vantaggio del risultato e della concorrenza.

L'assolvimento dei suddetti obblighi da parte degli Enti del Terzo Settore costituisce, al contempo, un requisito essenziale ai fini dell'affidamento e dell'espletamento dell'attività e/o del servizio oggetto di verifica giudiziale nell'ambito di un sindacato di merito nel giudizio di legittimità che «consente proprio di andare al cuore del modo in cui il potere si organizza e manifesta» (S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2024,, spec. 63 ss.).

[81] Cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094, ove si specifica che il principio ha rilievo non soltanto politico e costituzionale ma anche amministrativo, e quindi è parametro passibile di revisione, nella sua applicazione, davanti al giudice amministrativo.

di perseguire la de-istituzionalizzazione e la promozione della piena autonomia e indipendenza delle persone con disabilità nel senso prefigurato dalla Convenzione ONU del 2006.

In effetti, di recente numerosi cambiamenti previsti nell'agenda politica hanno riservato una particolare attenzione ai temi dell'inclusione e dell'impegno civile e sociale sul tema della disabilità, segno tangibile dell'evoluzione e del progresso storico in un'epoca attraversata da crisi multiple ed inedite in cui i nuovi diritti e le libertà individuali si confrontano, sovente contrapponendosi, a poteri vecchi e nuovi in assenza di garanzie adeguate e rimedi efficaci.

Sublimando il ruolo del diritto e delle leggi che conferiscono forma e sostanza ai diritti sovente invano invocati da chi «ne denunzia l'assenza (per non averli mai) poss*eduti* di fatto *pur essendo essi* solennemente proclamati»[82], il PNRR esalta il ruolo propositivo della legge che si auspica per il futuro si dimostri più responsabile ed attenta alla composizione degli interessi e alla tutela dei diritti della generazione attuale e di quelle future. Esse, infatti, vantano il diritto di riformare e cambiare le leggi (a cui corrisponde un preciso obbligo il cui inadempimento è fonte di responsabilità) troppo spesso demandata alla funzione creativa dei giudici investiti del compito di garantire una «diversità (socialmente oltre che economicamente) sostenibile»[83] anche nel futuro e di attuare una «giustizia del caso concreto»[84].

Tale impostazione ha l'indiscutibile pregio di riequilibrare i rapporti tra i poteri dello Stato (funzione legislativa e funzione giurisdizionale) ispirati alla «reciproca comunicazione ed interazione»[85] in un clima di rinnovata alleanza e fiducia che favorisce la nascita di legami sociali e nuovi diritti fondamentali che sono lo specchio di altrettante situazioni personali ed assistenziali.

---

[82] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, XXI. Corsivo mio.

[83] La diversità in tutte le sue forme caratterizza ogni essere umano rendendolo unico ed irripetibile, tuttavia essa assume un diverso significato se diventa un fattore escludente in assenza di una piena assunzione di responsabilità e della previsione di adeguati strumenti compensativi idonei a favorire lo sviluppo della persona umana. Cfr., in proposito, F. Dell'Aversana – F. Cesarano, *I beni e le attività culturali come strumento di inclusione per le persone con disabilità*, in *Dir. di Famiglia e delle Persone*, fasc. 4/2022, 1733 ss. T. Groppi, *La dimensione costituzionale della sostenibilità: la sfida dell'effettività*, in *Lav.dir.*, 2023, 46.

[84] N. Lipari, *Che cosa significa fare il giudice, oggi*, in www.ca.milano.giustizia.it.

[85] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 58 ss.

Esse per essere normate ed applicate andrebbero innanzitutto percepite e comprese dall'interprete nella loro essenza al fine di riconoscere gli interessi e i bisogni che ne sono alla base.

In mancanza, i «diritti divent*ebbero* deboli *se ed in quanto* la politica *non se ne facesse concretamente carico e* li abbandona*sse*, *rischiando* di perde*re anche* se stessa *qualora* in tempi difficili non si fa*cesse* politica di tutti i diritti»[86] di cittadinanza dando loro voce mediante un esplicito riconoscimento e fornendo ad essi piena garanzia.

Il riconoscimento della condizione delle persone con disabilità e dei loro diritti (a cominciare dal diritto alla vita indipendente) in conformità alla Convenzione ONU ed ai principi in materia di autodeterminazione e non discriminazione costituiscono i capisaldi della Riforma della legge sulla Disabilità.

Essa costituisce una delle «condizioni abilitanti»[87] che prefigura anche l'avvio di un cambiamento culturale nella costruzione del «modello sociale della disabilità»[88] che sia il frutto di una riforma più ampia e strutturata in grado di affrontare la tematica in maniera globale ponendo le basi per una sinergia tra le responsabilità di coloro che istituzionalmente e/o convenzionalmente hanno il compito di accompagnare le persone con disabilità nello sviluppo e nell'articolazione di un progetto personalizzato di intervento finalizzato all'inclusione sociale e all'esercizio dei diritti fondamentali, compresi quelli "emergenti".

Mi riferisco, in particolare, al «diritto al progetto di vita» che implica il coordinamento (ad oggi insussistente) tra i piani di intervento personalizzati e la realizzazione dell'integrazione socio-sanitaria previa individuazione ed analisi dei bisogni e delle preferenze (domiciliarità delle cure e dei sostegni socio-assistenziali) prodromici alla definizione degli interventi da attivare all'esito di una valutazione multidimensionale e partecipata dall'interessato – e con l'ausilio delle risorse umane, professionali, tecnologiche, strumentali ed economiche necessarie ed appropriate (*budget* di progetto)[89].

---

[86] Id., 211 ss. Corsivo mio.

[87] Cfr., art. 5, lett. d) il punto d), Reg. (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021.

[88] G. Recinto – F. Dell'Aversana – F, Cesarano, *I beni e le attività culturali come strumento di inclusione per le persone con disabilità*, in *Dir.Fam.Pers.*, fasc.4/2022, 161-173.

[89] La valutazione multidimensionale attivabile solo dall'interessato o da chi lo rappresenta, apparentemente non obbligatoria, non appare conforme alla definizione di cui

Senza considerare, inoltre, il rischio di possibile scollamento tra i bisogni, i desideri e le aspettative delle persone con disabilità[90] corrispondenti a servizi e prestazioni ulteriori rispetto all'offerta di servizi e delle prestazioni rientranti nei LEP dalla cui determinazione dipenderà la concreta esigibilità del servizio e/o della prestazione già nella fase di sperimentazione che sarà avviata nel 2025 (in attesa dell'entrata in vigore della Riforma il 1° gennaio 2026).

Tali criticità ad oggi inducono a una maggiore cautela e, forse, in parte anche a ridimensionare le aspettative sulla Riforma e sul Decreto 3 maggio 2024, n. 62 (cd. «decreto progetto di vita») che costituisce il fulcro della Riforma avviata con la l. n. 227/2021 soprattutto in correlazione con le difficoltà attuative della legge sull'autonomia differenziata che si appuntano proprio sull'ampiezza del trasferimento delle materie (o ambiti di materie) riferibili ai Lep.

La questione «ha valenza generale, non limitata o funzionale solo all'attuazione dell'art. 116, co 3, Cost.»[91], in quanto per alcune materie il trasferimento è subordinato alla determinazione degli *standard* (o livelli) strutturali e qualitativi prestazionali ed organizzativi adeguati (la cui mancanza ne svilisce il significato, il ruolo e la funzione dei Lep), con la conseguenza che qualsiasi altro sforzo o impegno profuso dal Governo si riduce a un mero esercizio retorico senza alcun effetto sostanziale sul piano della concreta esigibilità dei diritti alla salute, alla cura e all'assistenza delle persone con disabilità[92].

---

all'art. 1, comma 2, della Convenzione Onu del 2006 da cui dipende l'effettività dei diritti delle persone con disabilità in essa contemplati, con la conseguenza che essa potrebbe finire per circoscrivere l'ambito della tutela giurisdizionale a una valutazione di natura medico-legale che non tiene conto della "interazione con barriere di diversa natura", a cui fa esplicito riferimento la citata disposizione.

[90] A. Lamberti, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela "multilevel"*, in *Consulta online*, n. 3/2022, 1165-1188.

[91] L'espressione è di A. Sciortino, *Regionalismo differenziato e DDL "Calderoli": notazioni di merito e di metodo*, in *Dir. reg.* n. 1/2024, 74. Anche per questo motivo, si spiega il mancato inquadramento degli stessi per oltre vent'anni in seguito alla colpevole inerzia statale e alle incertezze che tale vuoto legislativo ha determinato.

[92] V. Tondi Della Mura, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grigie) del «Rapporto finale» del Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in www.federalismi.it n. 15/2024, nell'illustrare le ragioni dell'inadeguatezza del metodo e del merito si è soffermato sulle conseguenze della delegittimazione del Parlamento e della marginalizzazione dei Lep i quali «Anziché essere concepiti in stretta correlazione con la tutela dei diritti civili e sociali, … sono stati degradati a meri indici tecnico-amministrativi, a misure di tipo organizzatorio, a target di offerta dei servizi regionali, a obiettivi delle politiche pubbliche regionali rimessi alla previa decisione dello Stato in dipendenza delle relative relazioni finanziarie con le

Tale constatazione induce a riflettere, da un lato, sul valore e sull'utilità delle leggi per l'evidente incapacità di «governare la complessità» della materia[93]; dall'altro, sul ruolo degli Enti del Terzo Settore sempre più spesso coinvolti dai Comuni nelle procedure di programmazione, progettazione e organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale ai sensi del D.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 e del D.M. 31 marzo 2021 n. 72[94] per l'affidamento dei servizi di assistenza alle persone con disabilità.

Sul primo punto, mio avviso, *in subiecta materia* la degradazione del ruolo della legge non è un esito auspicabile anche in considerazione delle conseguenze che potrebbero derivare dall'enfatizzazione della funzione giurisdizionale e dalla sempre più marcata funzione regolatoria amministrativa sull'attuazione del pluralismo sociale voluto dalla Costituzione. Se, da un lato, l'evoluzione sociale ha incrementato la produzione legislativa che si è dovuta far carico di interessi molteplici, crescenti e via via sempre più confliggenti, dall'altro, il processo di integrazione europea e lo spazio via via crescente di autonomia riconosciuto alle autonomie territoriali hanno progressivamente oscurato il primato della legge favorendo la creazione di un sistema a rete di produzione delle norme foriere di conflitti ed incertezza giuridica[95].

L'inflazione normativa che ne è derivata, e che, tra l'altro ha prodotto

---

Regioni. L'attività di determinazione degli stessi, pertanto, è stata spoliticizzata e privata della valutazione dell'essenziale funzione garantista e perequativa propria dei Lep (art. 119 Cost.)». A ciò hanno indubbiamente contribuito le difficoltà di misurazione e di quantificazione dei Lep emerse durante i lavori del CLEP in conseguenza di un'insanabile contrapposizione nella scelta dei criteri di determinazione in rapporto alle risorse disponibili.

[93] L'espressione tra virgolette richiama l'attenzione sul valore della legge nelle democrazie costituzionali e ad un recente intervento di T.E. Frosini per l'Audizione del 5 febbraio 2024 al Comitato per la legislazione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, in occasione della indagine conoscitiva sui «Profili critici della produzione normativa», in https://documenti.camera.it.

[94] Recante «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore)» al §1.1. precisa la natura e le caratteristiche del rapporto di collaborazione sussidiaria con gli Enti del Terzo Settore «fondato sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del progetto (del servizio e/o dell'intervento), passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto, fino alla conclusione delle attività di progetto ed alla rendicontazione delle spese».

[95] Di recente sul tema, G. Urbano, *La legge "oscura" e il potere amministrativo*, in *Giur. comm.*, n. 3/2024, 623 ss.

interventi atomistici e contingenti e altre criticità legate all'eccessivo ricorso alla delega, ha, altresì, intaccato la funzione e la dimensione garantista dei principi e della legge.

A parere di chi scrive, una restrizione arbitraria e la conseguente invasione degli spazi riservati al legislatore *in subiecta materia* presenta rischi e conseguenze non trascurabili sul piano della effettività dei diritti sociali delle persone con disabilità e della tutela giurisdizionale responsabilizzando eccessivamente i giudici e riconoscendo, di fatto, alle sentenze un carattere "polifunzionale"[96]. Tali rischi potrebbero essere scongiurati se, com'è auspicabile, la legge statale provvedesse a definire i soggetti, i tratti essenziali della disciplina e le modalità di affidamento dei servizi e delle prestazioni (quali?) all'utenza a garanzia del buon andamento e della buona organizzazione nel significato predetto. In tal modo si valorizza la portata, la consistenza e l'intensità del principio di legalità che riacquista così la sua centralità e coesiste con il principio del risultato al quale è inestricabilmente legato conformando l'esercizio del potere amministrativo[97] mantenendo il fondamentale raccordo tra legislatore e giudici per assicurare il costante adeguamento all'incessante trasformazione della realtà e della società[98].

Investendo la disciplina del rapporto tra Comune ed Ente del Terzo Settore nell'ambito delle politiche sociali essa, inevitabilmente, si ripercuote sulla definizione degli spazi riconosciuti ai suddetti enti, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale sublimato nel Codice del Terzo Settore attraverso il riconoscimento di quella "profonda socialità"[99] della

---

[96] L'espressione è tratta da un recente contributo di S. Valaguzza, *La polifunzionalità delle sentenze del giudice amministrativo. Orientamenti giurisprudenziali e scelte delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir.proc.amm.*, n. 2/2024, 425.

[97] Tra i contributi più recenti sul tema, cfr., M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. merc.*, fasc. 1/2022, 25 ss. E. Bruti Liberati, *La legalità presa sul serio*, in AA.VV., *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto*, Pisa, 2022, 55 ss.; A. Travi, *Tipicità degli atti e potere "amministrativo"*, in *Jus*, 2020, 529 ss. G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 749. Id., *Pubblica amministrazione, burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, 2022.

[98] Meritoria è stata e sarà l'attività delle Corti e dei i giudici di merito che «nel prendersi cura dei soggetti vulnerabili …si avvicinano ai cittadini … ne seguono il percorso quando si accresce la loro fragilità e compensano, quando possono farlo, la loro debolezza con tutele adeguate» in risposta alle nuove istanze dai risvolti significativi sul piano individuale e sociale.

[99] Corte costituzionale 16 luglio 2004, n. 228.

persona e del suo ruolo proattivo e responsabile[100] fondamentale per lo sviluppo sociale, culturale ed economico del Paese.

Con ciò si è inteso rimarcare il legame inscindibile esistente tra detti beni e la giustizia sociale (pari opportunità, equità, accesso universale alle risorse comuni e ai diritti) riconoscendo al contempo i vantaggi derivanti dal ricorso a detti modelli quale antidoto nei confronti delle disuguaglianze[101].

Prova ne sia che tra tutti gli enti dotati di una stabile organizzazione gli Enti del Terzo Settore sono quelli più idonei allo svolgimento di attività di interesse generale e, in particolare, dei servizi sociali per la indiscussa capacità di individuare tempestivamente i bisogni emergenti, organizzativa e di intervento per il soddisfacimento dell'interesse delle persone con disabilità e la creazione delle condizioni per il pieno sviluppo della loro personalità.

E per quanto le considerazioni innanzi svolte abbiano almeno in parte "smorzato" gli entusiasmi anche in considerazione dell'impatto della legge 86/2024 sulla determinazione dei Lep, giova evidenziare che al di là dei profili di incostituzionalità[102], le principali criticità non si appuntano sul procedimento per quanto articolato e complesso, quanto sul rischio, invero più che paventato, che l'autonomia differenziata da tempo annunciata come possibile antidoto alle conseguenze delle inerzia ed alla fallimentare gestione statale non sia effettivamente in grado di colmare i divari territoriali e la forte arretratezza del Paese nei settori strategici (istruzione, lavoro, digitalizzazione, infrastrutture, servizi sanitari e socio-assistenziali), specie nelle regioni meridionali.

Considerati i tempi stretti per la individuazione dei Lep in materia di salute e istruzione, si ha la sensazione che le Regioni anche per il futuro rivestiranno un ruolo (ancora una volta) subalterno nei rapporti con lo Stato che ora come allora resterà l'interlocutore principale.

Effettivamente, la Riforma dell'Autonomia differenziata, per come è

---

[100] Corte cost. n. 75/1992.

[101] F. Giglioni, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del Terzo settore*, in *Munus*, 2019. S. Pellizzari, *New commons e servizi sociali. Il modello dell'amministrazione condivisa tra autonomie territoriali, Terzo settore e società civile organizzata*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, 249 ss.

[102] M. Clarich – G. Fonderico, *Prima del regionalismo differenziato un piano sui rapporti centro-periferia*, in *Guida al Diritto Il Sole 24 Ore*, n. 30 del 3 agosto 2024.

stata concepita, non sembra incentivare l'affermazione di un modello organizzativo a rete di compartecipazione sinergica e strategica tra lo Stato, le Regioni, gli enti locali, e gli altri soggetti istituzionali e i privati da cui dipende in concreto la capacità degli stessi «di assimilare e tradurre efficacemente a favore del proprio territorio le *chances* amministrative che il Piano (PNRR) offre … ed intercettare le istanze di regolazione che provengono da bisogni amministrativi peculiari e non facilmente confinabili»[103].

Mi riferisco, in particolare, alla definizione e alla garanzia dei livelli essenziali determinati in base al fabbisogno di beni, prestazioni e servizi in favore della persona con disabilità a partire dagli *standard* costituzionali minimi di assistenza sanitaria, socio-sanitaria e sociale previsti dalla legge (cfr. art. 20, comma 2, legge 5 maggio 2009 n. 42; decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502 e legge n. 328/2000) fino al progetto di vita che ingloba in sé i preesistenti piani e progetti ed in cui sono «comprese, altresì, le misure previste a legislazione vigente per il superamento di condizioni di povertà, emarginazione ed esclusione sociale, nonché gli eventuali sostegni erogabili in favore del nucleo familiare e di chi presta cura ed assistenza» (cfr., art. 18 del D.Lgs. n. 62/2024) nei contesti di vita, scolastici e lavorativi della persona con disabilità.

È, altresì, prevista l'istituzione di Fondi *ad hoc* che dovrebbero implementare le risorse dei progetti e dei rispettivi *budget* compatibilmente con la disponibilità in bilancio ed ai vincoli economico-finanziari prestabiliti[104] che si ripercuotono sull'effettività dei diritti e della tutela, come tutti i livelli essenziali finanziariamente condizionati in assenza di una espressa previsione di legge (circa i beni, servizi e prestazioni da erogare in relazione ai livelli essenziali per la piena inclusione delle persone con disabilità).

In senso contrario, e in linea con le previsioni del PNRR che concorre alla definizione delle modalità di erogazione dei livelli essenziali (Missione 5 – Componente 2) e al finanziamento dei Leps e per la realizzazione di interventi complementari a quelli finanziati nell'ambito della Missione 6, l'obiettivo è quello di allineare i percorsi di emancipazione e di inclusione predisposti dal legislatore nei confronti delle persone con disabilità con i paradigmi di sviluppo e di emancipazione e i processi di inclusione delle persone con disabilità previsti dalla Costituzione.

---

[103] F. Cortese, op. cit.

[104] S. Spatola, *Condizionalità finanziaria e indirizzo politico economico: i mezzi come fine coordinatore* in www.federalismi.it, n. 1/2025, 138-167.

Al di là della narrativizzazione dell'ICF e a prescindere dalla reperibilità delle risorse, un contributo significativo al raggiungimento degli obiettivi minimi e alla determinazione dei Leps per la presa in carico tempestiva, globale e continuativa delle persone a rischio di marginalità esistenziale che richiedono nuovi sistemi di protezione e una piattaforma integrata di tutela (Lea e Leps), proviene proprio dagli Enti del Terzo Settore che, in qualità di soggetti attuatori, non devono sopportare il costo di inerzie prolungate, ritardi, difformità e altre incertezze legate all'indisponibilità di *budget* e/o di bilancio che, inevitabilmente finirebbero per ripercuotersi sulla efficienza organizzativa e di gestione in fase di erogazione dei servizi e delle prestazioni.

Ciò postula, a monte, la revisione dei paradigmi che regolano i rapporti tra i soggetti pubblici e privati tenuti ad attuare la nuova piattaforma integrata di tutele e il ripensamento degli schemi di sussidiarietà verticale ed orizzontale con la specificazione delle funzioni attribuite a ciascuno di essi, degli obblighi di solidarietà e delle responsabilità. Sul presupposto, infatti, che «l'organizzazione non è più (o non è più soltanto) individuazione di soggetti e spartizione di attribuzioni e competenze, ma «organizzazione per strutture-compito»[105] e che le regole organizzative assurgono a strumento diretto di tutela dei diritti delle persone con disabilità e per il conseguimento del risultato (la garanzia dei diritti per il pieno sviluppo della persona umana), l'adozione di un modello organizzativo a rete, alternativo sia al mercato, sia alla gerarchia, che coinvolga attivamente, in regime sussidiario e di amministrazione coordinata e condivisa, il Terzo Settore è auspicabile che possa acquisire carattere permanente e perfettamente integrato nell'ambito di un quadro erogatorio prestabilito, tarato sull'omogeneità e sulla qualità delle prestazioni e dei servizi resi all'utenza.

La convergenza di una pluralità di interessi – secondo una dinamica non competitiva e non gerarchizzata nel modello organizzativo testé illustrato – assicura l'ottimale gestione di fenomeni e problemi complessi e spinosi e un elevato grado di integrazione degli effetti sociali sfruttando le risorse del PNRR e i vantaggi che derivano dall'impiego delle nuove tecnologie per eliminare i fattori che ostacolano la socializzazione, l'inclusio-

[105] G. Pastori, *Accordo e organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di A. Masucci, Quaderno Regionale Formez n. 51, Roma, 1988, 44-45; F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, 59 ss.

ne, l'autonomia e l'indipendenza delle persone con disabilità, in attuazione del programma di emancipazione e trasformazione sociale delineato dalla Costituzione che ci si augura possa trovare attuazione a livello nazionale ed europeo.

Abstract

Il saggio, analizzando lo stato di attuazione delle riforme volte a ristabilire l'efficienza della rete pubblica dei servizi di assistenza, cura e sostegno alle persone con disabilità, suggerisce l'adozione di un modello organizzativo a rete, alternativo sia al mercato, sia alla gerarchia, che coinvolga attivamente, in regime sussidiario e di amministrazione coordinata e condivisa, il Terzo settore auspicando che esso possa acquisire carattere permanente e integrato nell'ambito di un quadro erogatorio prestabilito, tarato sull'omogeneità e sulla qualità delle prestazioni e dei servizi resi all'utenza.

Social Innovation Models for the Protection of the Rights of Persons with Disabilities: Challenges and Perspectives for the Third Sector

The essay, analyzing the state of implementation of the reforms aimed at re-establishing the efficiency of the public network of assistance, care and support services for people with disabilities, suggests the adoption of a network organizational model, alternative to both the market and hierarchy, which actively involves, in a subsidiary regime and coordinated and shared administration, the Third Sector with the hope that it can acquire a permanent and integrated character within a pre-established delivery framework, calibrated on the homogeneity and quality of the services and of services rendered to users.

Amministrazione digitale e "attività conoscitiva" nei contratti pubblici in direzione della ragionevolezza e della proporzionalità

di Alessandro Berrettini

Sommario: 1 – Premessa. Digitalizzazione e contratti pubblici verso il "risultato" (limitando gli "abusi"). 2 – Margini di scelta della stazione appaltante e controllo dei vizi di legittimità mediante l'acquisizione dei fatti rilevanti. 3 – Lo stretto legame tra *maladministration* e patrimonio conoscitivo dell'amministrazione: il ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici. 4 – Le piattaforme certificate di approvvigionamento digitale come ulteriore strumento di controllo nello svolgimento delle fasi di gara. 5 – Il *Building Information Modeling* (c.d. *BIM*) quale nuova modalità di scansione dell'agire in direzione della limitazione degli abusi amministrativi. 6 – Il rafforzamento della "percezione" dei vizi di irragionevolezza e sproporzione attraverso la digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica. 7 – Riflessioni conclusive.

1. *Premessa. Digitalizzazione e contratti pubblici verso il "risultato" (limitando gli "abusi")*

L'idea di una pubblica amministrazione che agisce tramite strumenti digitali si è posta sempre più come base per garantire azioni efficienti[1] e, allo stesso tempo, imparziali[2], in direzione della buona amministrazione[3].

Le nuove tecnologie hanno infatti agevolato sia le attività amministra-

[1] Sul punto si veda D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta,Torino, 2020, 102-103, secondo cui l'intelligenza artificiale di tipo non predittivo permette alla fase istruttoria di subire un'accelerazione in termini di efficienza, riducendo i tempi necessari al responsabile del procedimento per la raccolta dei dati utili alla verifica degli interessi oggetto del procedimento amministrativo.

[2] A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 21, che parla espressamente di una «"*constitutional" rule of technology*» in cui il principio di imparzialità è realizzato attraverso l'utilizzo di algoritmi che evitano trattamenti discriminatori.

[3] D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, cit., 85 -119.

tive di *back office* che di *front office*[4] nel campo del governo del territorio[5], nei procedimenti sanzionatori[6] e, come si vedrà, nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Queste risultano infatti un mezzo istruttorio necessario per le pubbliche amministrazioni al fine di acquisire e successivamente comprendere i dati della realtà socio-economica in cui operano[7]; realtà, questa, che il funzionario pubblico non riuscirebbe a cogliere con gli strumenti tradizionali[8].

Quanto indicato rileva soprattutto con riferimento alle potenzialità minime che l'algoritmo può fornire nella sua dimensione deterministica o

[4] Si veda in merito l'analisi compiuta da F. Costantino, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione,* in *L'azione amministrativa. Saggi sul procedimento amministrativo,* a cura di A. Romano, Torino, 2016, 246 ss.

[5] Come evidenziato da R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 134: «Vi sono poi tecnologie che rilevano dati sulla conformazione del territorio e ne monitorano l'andamento, che può essere ricostruito con riferimento ad un determinato periodo: oggi, un anno o dieci anni or sono. Così le rilevazioni aerofotogrammetriche, il sorvolo di droni, le immagini satellitari, le telecamere fisse poste sulle vie pubbliche, che restituiscono caratteristiche, dettagli o panoramiche del territorio. L'impiego congiunto di strumenti di rilevazione delle immagini può ad esempio costituire un utile strumento di prevenzione o di rilevazione degli abusi edilizi, come nelle ristrutturazioni che comportino la demolizione e la successiva ricostruzione di edifici, al fine di verificare che siano rispettate le distanze legali, la volumetria, l'altezza e l'area di sedime della precedente struttura». Per un approfondimento, si veda nello specifico M. De Michelis, *Il governo digitale del territorio*, Napoli, 2023, 222 ss.

[6] P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in www.*federalismi.it*, 2, 2018; si veda da ultimo C. Castaldo, *Sanzioni amministrative e digitalizzazione: una prima ricostruzione*, in www.*federalismi.it*, 1, 2024.

[7] Così, G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 70-71, con particolare riferimento agli strumenti di rilevazione e di sistematizzazione dei *Big data* per la programmazione dei vari servizi delle *smart cities*. Si veda inoltre, R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit. 138 che evidenziano la necessità della digitalizzazione per compiere «un'esatta attività istruttoria» al fine di ottenere «rappresentazioni significative della realtà» in vista dell'emanazione di programmi o di atti amministrativi generali. Anche M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. Trim. dir. pub*., 2017, 623 -624, ritiene che le potenzialità della sistematizzazione digitale dei *Big data* permettano di affrontare «un altro annoso problema, legato fortemente all'"oggettivizzazione" dell'attività conoscitiva: la debolezza organizzativa e professionale delle amministrazioni nel produrre una conoscenza propria e autonoma sulla realtà che è chiamata ad amministrare e l'esigenza di «riequilibrio» conoscitivo tra pubblico e privato».

[8] R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 324.

meno[9], senza necessariamente operare tramite meccanismi sostitutivi della decisione amministrativa da adottare[10] o tramite meccanismi di *machine learning* che prevedono processi di apprendimento automatici[11]. Basti

[9] G. Avanzini, cit., 5-13, individua una serie di algoritmi: deterministici, attraverso il quale per ogni istruzione fornita esiste un solo possibile percorso; non deterministici in cui esiste una sola istruzione che ammette più passi successivi «che hanno la possibilità di essere scelti»; predittivi che risolvono problemi complessi, distinguendosi in apprendimenti supervisionati e non. L'apprendimento supervisionato prevede l'inserimento di *inputs* che formano un *database* di informazioni sulla base del quale l'algoritmo fornirà una risposta in seguito all'analisi dei dati contenuti in esso. L'apprendimento non supervisionato, invece, offre una maggiore libertà di scelta all'algoritmo, organizzando le informazioni ed imparando quali «sono i risultati migliori per le differenti situazioni che si presentano».

[10] Si escludono dunque dal campo d'indagine *software* che sostituiscono la decisione adottata dal pubblico funzionario, come è avvenuto nel concorso relativo al piano di assunzioni straordinario su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado, la cui graduatoria è stata determinata unicamente attraverso l'utilizzo di un algoritmo (si veda, Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472). Allo stesso modo, si escludono algoritmi di *machine learning* che apprendono «automaticamente strategie risolutive e previsionali in base all'esperienza». Come evidenziato, in questa tipologia di algoritmi «si sfuma l'aspetto deterministico che caratterizza le applicazioni ICT tradizionali, ossia basate su algoritmi ben definiti che provengono dagli studi svolti nei settori applicativi considerati e che definiscono in modo deterministico i passi di elaborazione da compiere» (C. Tasso, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del* Machine Learning, in *L'amministrazione pubblica con i* big data*: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Torino, 2021, 20).

[11] Come evidenziato da B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del Diritto: funzioni amministrative*, Milano, 2022, 77-80, occorre definire cosa s'intenda per amministrazione digitale. Nel presente lavoro l'amministrazione digitale viene intesa come «amministrazione che ricorre alla tecnologia per realizzare la sostituzione dell'atto cartaceo con l'atto digitale, in una prospettiva di semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, sia all'interno della pubblica amministrazione (ad esempio con riguardo ai dati e allo scambio di questi tra autorità) sia nei rapporti con il cittadino e le imprese, ma senza alterazioni della struttura tradizionale del processo decisionale». Si esclude pertanto dal campo d'indagine l'amministrazione che agisce attraverso intelligenza artificiale. Infatti, Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n.7891 ricorda che il *machine learning* «crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

pensare al Codice dell'amministrazione digitale del 2005[12] in cui è stato valorizzato, tra le altre cose, l'utilizzo dell'algoritmo in funzione dell'attività conoscitiva dell'amministrazione grazie alla "semplice" capacità di essere collettore di informazioni e di dati[13]. Un esempio è rappresentato dal vasto patrimonio conoscitivo acquisito e messo a disposizione dalle banche dati[14] o dalla capacità delle piattaforme telematiche di fornire informazioni sulle attività svolte dai pubblici dipendenti attraverso la "traccia" che per sua natura lascia lo strumento digitale[15].

[12] D.lgs. n. 82/2005 che ha disciplinato l'utilizzo dei dati della pubblica amministrazione attraverso piattaforme digitali e banche dati. Sul punto si veda l'analisi condotta da E. Carloni, *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm*., 2011, 5, 469 ss. F. Cardarelli, *Il codice dell'amministrazione digitale*, in *Libro dell'Anno del diritto 2017*, Roma, 2017; F. Martines, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 1-12.

[13] Sul tema specifico si veda R. Cavallo Perin, *Pubblica amministrazione e* data analysis, cit. 15; F. Merloni, Data analysis *e capacità conoscitive delle pubbliche amministrazioni*, in *L'amministrazione pubblica con i* big data*: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, cit., 107-117; E. Carloni, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, in *L'amministrazione pubblica con i* big data*: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, cit., 117-131; M. Falcone, *La funzione conoscitiva nella rivoluzione dei dati*, in *L'amministrazione pubblica con i* big data*: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, cit., 183-193; F. Costantino, *Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.* , 2017, 799 ss.; M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss.; F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. informazione e informatica*, 2015, 227 ss.

[14] Il d.lgs. n. 82/2005 si occupa infatti di disciplinare la piattaforma digitale nazionale dei dati (d.lgs. 82/2005, art. 50-*ter*) che raccoglie i dati presenti da diverse banche dati indicate dallo stesso Codice dell'amministrazione digitale (CAD), come ad esempio: l'Anagrafe nazionale della popolazione residente; la Banca dati nazionale dei contratti pubblici; il Repertorio nazionale dei dati territoriali; il Casellario giudiziale, il Registro delle imprese (art. 60, comma 3-bis). Il CAD, inoltre, disciplina le modalità di circolazione del dato tra amministrazioni pubbliche (d.lgs. 82/2005, art. 50), con particolare riferimento a quei dati connessi a quelli di interesse nazionale (d.lgs. 82/2005, art. 60, comma 1). Si veda in tema I. Alberti, *La creazione di un sistema informativo unitario pubblico con la Piattaforma digitale nazionale dati*, in *www.IstituzionidelFederalismo.it*, 2022, 473 ss.; G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, 14- 15; M. Falcone, *Ripensare al potere conoscitivo tra algoritmi e big data*, Napoli, 2023, 91 ss.

[15] Sull'utilizzo delle piattaforme telematiche in chiave di trasparenza dell'azione amministrativa, si vedano L. Donato, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2020; Pwc, The Strategic Use of Public Procurement for Innovation in the Digital Economy, novembre 2018, 17-20; Commis-

Tutto ciò emerge con particolare evidenza nella disciplina dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti, infatti, già dal d.lgs. n. 50/2016 potevano agire mediante piattaforme telematiche e banche dati. In particolare, dal combinato disposto dell'art. 58, Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 agosto 2021, n. 148, derivava il potere della P.A. di ricorrere alle procedure di gara telematica al fine di tutelare il principio della libera concorrenza in entrambe le sue declinazioni (*favor partecipationis* e *par condicio*), assicurando agli operatori economici sia la partecipazione "da remoto", che una tracciabilità delle attività svolte dagli attori coinvolti nelle procedure di aggiudicazione per fornire informazioni sull'agire amministrativo in chiave di trasparenza[16]. Inoltre, diverse diposizioni di legge facevano riferimento alla «banca dati nazionale dei contratti pubblici» quale principale fonte di cognizione per ottenere conoscenze di mercato, prassi amministrative e requisiti di partecipazione[17].

---

sione UE, Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa, 3 ottobre 2017,3; G. M. Racca, *La Digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020; E. Carloni, *La trasparenza come risposta all'emergenza, 2020*, in *www. anticorruzione.it*; M. Pignatti, *The use of e-procurement and contractual terms and conditions for the risk assessment and risk management in the public procurement cycle*, in V. Cantino, P. Devincentiis, G. M. Racca, *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, Londra, 2016, 927 ss.

[16] Già dall'emanazione del disegno di legge delega per l'emanazione del d.lgs. n. 50/2016, A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, 1157-1158, evidenziava il rapporto tra pubblicità e digitalizzazione al fine di semplificare e rendere trasparenti le procedure in direzione del principio della libera concorrenza. Anche la medesima ANAC nel documento approvato il 27 maggio 2020 recante «Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità», reperibile in https://www.anticorruzione.it/, ha ritenuto che «l'uso delle piattaforme digitali ai sensi degli artt. 40 e 58 del Codice rappresenta un presidio che garantisce la par condicio, l'effettiva concorrenza, l'inviolabilità e segretezza delle offerte, la trasparenza e tracciabilità delle operazioni di gara, l'imputabilità delle dichiarazioni ai concorrenti». Allo stesso modo G.M. Racca, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, a cura di R.Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, Napoli, 2022, 32 afferma che la trasparenza e la correttezza ottenute mediante digitalizzazione dei contratti pubblici assicurano «una concorrenza leale rivolta alla tempestiva e corretta esecuzione del contratto».

[17] Emblematici risultano gli artt. 29 e 81, d.lgs. n. 50/2016, entrambi modificati dal secondo decreto semplificazioni (l. 18/2021) e riproposti nel loro fine dal d.lgs. n.

Ma è con l'avvento del Decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 che l'uso della telematica e del digitale nei contratti pubblici acquista un suo particolare *status* caratterizzato da doverosità, basti pensare che l'intera Parte II° del Libro I° si occupa dei principi e delle regole digitali per informatizzare l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici[18]. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, nel realizzare uno dei principali obiettivi del PNRR[19], pone la digitalizzazione come base dell'agire amministrativo superando le lacune e la frammentarietà normativa del precedente Codice[20].

Il menzionato d.lgs. n. 36/2023 sistematizza una serie di principi che cooperano tra loro sinergicamente per garantire a tutti gli attori, sia dal lato pubblico che dal lato privato, un patrimonio conoscitivo condiviso. I principi in parola tendono a valorizzare nel loro complesso la possibilità di consultare, in formato aperto, le informazioni riguardanti tutte le fasi della procedura, dalla programmazione alla fase esecutiva, cristallizzate in banche dati interoperabili tra loro o riconducibili alla capacità delle piattaforme di approvvigionamento digitale di tracciare nel dettaglio le azioni svolte nelle procedure di aggiudicazione[21].

36/2023, circa la loro funzione di fonte di cognizione generica per la verifica dei requisiti degli operatori economici e per l'acquisizione degli atti gara.

[18] Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[19] Il PNRR indica fra gli obiettivi quello di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70).

[20] Ciò in netta contrapposizione con quanto avveniva nel d.lgs. n. 50/2016 la cui digitalizzazione, oltre a riguardare unicamente la fase di scelta del contraente, veniva disciplinata ed implementata da più fonti normative (in particolare dal d.P.C.M. n. 148/2021 e dalla l. n. 108/2021).

[21] Quanto indicato è evidenziato dalla Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 37 -38, che ricorda come queste finalità siano previste dallo stesso Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, il quale impone entro il 31 dicembre 2023 di realizzare «la digitalizzazione completa delle procedure di acquisto fino all'esecuzione del contratto (*Smart Procurement*), (che) deve essere interoperabile con i sistemi gestionali delle pubbliche amministrazioni e prevedere l'abilitazione digitale degli OE, sessioni d'asta digitali, *machine learning* per l'osservazione e l'analisi delle tendenze, CRM evoluto con funzioni di *chatbot*, *digital engagement* e *status chain*» (M1C1-75). Tali obiettivi sono poi stati cristallizzati nella legge delega per l'emanazione del nuovo Codice, l. 21 giugno 2022, n. 78, in cui, alla lett. m) si afferma che «gli obiettivi di riduzione e di certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti, dovranno essere raggiunti anche utilizzando la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la

Un primo corollario di quanto evidenziato riguarda il consolidamento del principio dell'unicità dell'invio, il c.d. *once only*, attraverso cui «ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo» ed «è reso disponibile dal sistema informativo ricevente»[22]. Un secondo corollario è quello riguardante il principio volto a digitalizzare le «attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici»[23], nonché quello connesso relativo alla tracciabilità e alla trasparenza delle attività svolte[24].

Nella Parte II° del Codice si possono individuare ulteriori istituti che realizzano sul piano positivo quanto appena indicato in termini di principio. Si pensi all'individuazione di un "ecosistema" nazionale di approvvigionamento digitale; o ancora all'indicazione di una banca dati nazionale dei contratti pubblici[25] che si compone sia di un "fascicolo virtuale" dell'operatore economico[26] ove sono verificabili i requisiti di partecipazione di ordine generale e speciale, sia di un'anagrafe degli operatori economici utile a comprendere la platea dei partecipanti alle gare[27].

Nondimeno, in questo quadro già composito rilevano strumenti di modellazione digitale come i *BIM* (*Building Information Modeling*) che le amministrazioni devono adottare per far comprendere più adeguatamente la *domanda pubblica* nonché per valutare con maggiore attenzione le offerte presentate dagli operatori economici partecipanti alla procedura di gara.

Merita sottolineare che, nel loro complesso, gli istituti passati in rassegna tendono a creare sia un patrimonio conoscitivo condiviso che a velocizzare l'azione amministrativa. Ciò deriva dalla necessità di indirizzare la sempre più ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti verso il "risultato", uno dei binomi più rilevanti alla base del nuovo codice del 2023 che sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo[28].

---

piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico».

[22] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

[23] Art. 19, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

[24] Art. 19, comma 6, d.lgs. n. 36/2023.

[25] Art. 23, d.lgs. n. 36/2023.

[26] Art. 24, d.lgs. n. 36/2023.

[27] Art. 31, d.lgs. n. 36/2023.

[28] Art. 1 comma 1, d.lgs. n. 36/2023. Si ritiene inoltre che la digitalizzazione, in accordo a questo principio, garantisca «l'efficacia e l'efficienza dei processi decisionali» (Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 40).

Qui è appena il caso di sottolineare che il "risultato"[29], che costituisce il principio "primo" del nuovo Codice essendo «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale»[30], consiste soprattutto nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo»[31]. Tuttavia, tale risultato non deve essere inteso unicamente come valorizzazione dei principi di efficienza e di efficacia, ma anche come capacità di ottenere l'affidamento e l'esecuzione del contratto senza incorrere in fenomeni di abuso amministrativo o di *maladministration*; definizioni, queste, che ricomprendono come è noto ogni caso di illecito amministrativo[32]. Ed in effetti, il nuovo Codice afferma che il "risultato" va perseguito nel rispetto del principio di trasparenza[33].

Al principio di risultato si correla dunque la digitalizzazione che, oltre a ridurre i tempi delle procedure ad evidenza pubblica, consente anche «trasparenza, tracciabilità, partecipazione, controllo di tutte le attività, in modo da assicurare il rispetto della legalità»[34].

Il tema della digitalizzazione si intreccia allora con quello della prevenzione degli abusi amministrativi ed in esso risulta centrale – come già anticipato – la capacità offerta dalla digitalizzazione di fornire un patrimonio conoscitivo adeguato all'amministrazione attraverso particolari fonti di cognizione, segnatamente Banca dati nazionale dei contratti pubblici[35], piattaforme certificate di approvvigionamento digitale e *BIM*. Da

[29] Si rinvia in tema a G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amm*., 2023, 288-292; R. Caranta, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2023, 1952-1953.

[30] Art. 1 comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

[31] Art. 1 comma1, d.lgs. n. 36/2023.

[32] Come è stato evidenziato da G. M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, *in Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto,* a cura di L. Scomparin , Torino*, 2017*, 110, parlare di fenomeni di anticorruzione sarebbe limitativo perché legato alla commissione di un singolo reato; ci si dovrebbe riferire più correttamente a fenomeni di *maladminstration* che deviano dalla tutela del pubblico interesse. Allo stesso modo R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione*, Milano, 2018, 13 -28.

[33] Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[34] Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 38.

[35] G. M. Racca, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella, M. Pellissero, Torino, 2013, 149- 150,

ciò derivano importanti ripercussioni sulla capacità dell'amministrazione prima e del giudice poi di percepire particolari vizi che caratterizzano la discrezionalità delle stazioni appaltanti[36].

A tale riguardo è ben noto lo stretto legame tra attività conoscitiva e illegittimità provvedimentale quale sintomo di un errato (o carente) accertamento del fatto, ossia della sua qualificazione nella fase della sussunzione della fattispecie concreta in quella normativa astratta da rapportare a specifici vizi di discrezionalità amministrativa[37]. Uno di questi stati patologici è rappresentato dall'irragionevolezza della scelta, che si correla all'attività conoscitiva esplicata dall'amministrazione ove risulta essenziale «illuminare i vari aspetti della situazione di fatto»[38], senza «trascurare quelle indagini che gli elementi raccolti facciano apparire come utili»[39] al fine di tutelare gli interessi pubblici previsti dalla norma attributiva del potere[40].

---

evidenziava, già prima dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici attuale, la necessità di creare banche dati interoperabili per rendere effettiva l'applicazione dei principi di trasparenza e non discriminazione attraverso la conoscenza di dati delle imprese operanti sul mercato e sui provvedimenti di aggiudicazione «per valore, per territorio e per tipologia contrattuale e di amministrazione aggiudicatrice». La trasparenza e la sistematizzazione di tali informazioni in banche dati consente infatti di valutare la qualità della contrattazione pubblica e l'integrità degli operatori economici in vista di migliorare la strategia contrattuale in direzione dei pubblici interessi. Più in generale sull'efficacia delle banche dati al fine di garantire legalità dell'azione amministrativa si veda G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta,Torino, 2020, 201-202 e 207-212; G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2018, 237-245.

[36] E. Carloni, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del pnrr,* in *Dir. amm.*, 2022, 662 afferma che la legge delega al nuovo Codice dei contratti considera la trasparenza fornita anche dalla digitalizzazione come un «contrappeso, in un sistema che mira a ridefinirsi entro nuovi equilibri, tra le istanze di semplificazione e quelle di legalità: proprio quando il punto di sintesi si sposta nella direzione della semplificazione, ecco affermarsi un più forte ruolo della trasparenza a ribilanciare il sistema». Inoltre, si veda sul rapporto tra trasparenza e digitalizzazione, F. Manganaro, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 26 ss.

[37] Tra tutti, F. Levi*, L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 168-193.

[38] F. Levi*,* cit.*,* 517.

[39] F. Levi*,* cit.*,* 519.

[40] Da ultimo si veda Cons. Stato, Sez. III, 5 ottobre 2022, n. 8522, secondo cui il principio di ragionevolezza postula «una coerenza tra la valutazione compiuta dall'Amministrazione e la decisione assunta».

L'altro stato patologico riguarda la sproporzione. Infatti, i tre *test* necessari a verificare il rispetto del principio di proporzionalità appaiono strettamente collegati a quelle premesse riconducibili alla conoscenza dei fatti e degli interessi acquisiti e successivamente riversati nel procedimento amministrativo.

Dei profili appena indicati ci si occuperà successivamente[41]. Bisogna ora solo evidenziare che il presente lavoro cercherà, per gradi, di dimostrare come nel campo dei contratti pubblici la digitalizzazione rappresenti un valido contributo per percepire il vizio di eccesso di potere sotto forma di sproporzione e irragionevolezza[42].

2. *Margini di scelta della stazione appaltante e controllo dei vizi di legittimità mediante l'acquisizione dei fatti rilevanti*

Per comprendere come la digitalizzazione possa incidere sull'emersione dei casi di irragionevolezza e sproporzione occorre effettuare una premessa in ordine alla qualificazione della discrezionalità amministrativa in materia di contratti pubblici, essendo il tema strettamente collegato, come si vedrà, a quello relativo all'accertamento giudiziale dei vizi di eccesso di potere appena menzionati.

La presenza di discrezionalità costituisce un ambito di rischio di *maladministration* in cui, considerati i margini di scelta «difficilmente quantificabili»[43], si richiede una maggiore attenzione per l'adozione delle relative

[41] Cfr. par. 6.

[42] Il ragionamento qui proposto prende le mosse, come si vedrà più diffusamente, dalla distinzione tra essenza e percezione del vizio operata da S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, cit., 189-201.

[43] Si veda da ultimo il PNA 2022, approvato con Delibera n. 7, del 17 gennaio 2023, in cui a pag. 33 si afferma la necessità di individuare gli ambiti di rischio corruzione in base «all'ampio livello di discrezionalità di cui gode l'amministrazione» anche alla luce degli ambiti di rischio predeterminati dall'art. 1 comma 16, l. n. 190/2012 in cui rientrano le procedure di affidamento. Sulla scorta di quanto indicato si afferma più precisamente a pag. 79 che «considerati i margini più ampi di discrezionalità concessi dalla normativa, possono comportare maggiori rischi corruttivi o di *maladministration*: a) affidamento diretto; b) procedura negoziata per i servizi e le forniture; c) procedura negoziata per i lavori; d) procedure in deroga; e) procedure attinenti alla modifica dei contratti e alle varianti in corso d'opera». Si veda in dottrina più diffusamente E. Carloni, *L'anticorruzione*, Bologna, 2023, 238 secondo cui sebbene le politiche legislative

misure di prevenzione. Dalla Relazione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici[44] si evince che questi margini di scelta sono diversamente disciplinati dalle norme del medesimo Codice. Quest'ultimo considera la discrezionalità come "nocciolo duro" dell'attività delle stazioni appaltanti al fine di limitare i vincoli del precedente d.lgs. n. 50/2016 che, oltre a ridurre la "fiducia" nell'operato delle stazioni appaltanti, rischiava di imbrigliare eccessivamente i pubblici funzionari, con conseguente emersione di fenomeni di «amministrazione difensiva»[45], «incertezze, ritardi, inefficienze»[46] che frenavano l'aggiudicazione del contratto e la sua esecuzione compromettendone il "risultato". Dunque, il nuovo Codice evidenzia la necessità di garantire flessibilità di

in tema di contratti pubblici, cogliendo «il lato oscuro della discrezionalità», abbiano ridotto il margine di scelta del contraente, circa la procedura da seguire, nel tempo si è dimostrato come diverse procedure di appalto, caratterizzate da regole rigide, abbiano evidenziato fenomeni di illegittimità (l'autore porta l'esempio dei bandi c.d. fotocopia). Per un'analisi più approfondita degli ambiti di rischio corruttivo in tutte le fasi delle procedure ad evidenza pubblica, si legga G.M. Racca, *Public Procurement and Corruption: the EU challenges*, in E. Carloni, D. Paoletti, *Preventing corruption through administrative measures*, Perugia, 2019, 95-103.

[44] Secondo il combinato disposto dell'art. 1, l. n. 78/2022 e dell'art. 14, l. n. 1054/1924, il Governo ha richiesto al Consiglio di Stato, con nota del 28 giugno 2022, di formulare il progetto di Decreto legislativo per l'emanazione del nuovo Codice.

[45] In tema si veda l'analisi condotta da S. Villamena, *La riforma dell'abuso d'ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi*, in *Diritto e società*, 2021, 695-727, il quale riporta la recente dottrina di G. Bottino, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici,* in *Analisi giur. econ.,* 2020, 117 ss.; M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.; F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato responsabilizzato*, in *www.federalismi.it*, 2020, 33 ss.; S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir.pubbl.*, 2019, 293 ss.

[46] Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 12. Come evidenziato successivamente a p. 14, «La valorizzazione dei poteri discrezionali del funzionario pubblico è, inoltre, in linea, nell'ottica del superamento della c.d. "paura della firma", con la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. (ad opera del d.l. n. 76 del 2020), che ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio richiede che l'atto sia adottato "in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità"». Si veda sul punto S. Villamena, *La riforma dell'abuso d'ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi*, in *Diritto e società*, 2021, 695-727.

scelta alle stazioni appaltanti[47] in direzione del diritto eurounitario che, in più occasioni, ha rammentato questa esigenza per assicurare efficienza ed efficacia delle procedure[48]. Grazie al d.lgs. n. 36/2023 si rafforza l'idea che, soprattutto attraverso la discrezionalità, l'amministrazione possa soddisfare nella maniera migliore possibile l'interesse pubblico alla base della procedura di gara[49], realizzando così il "risultato"[50], essendo ogni gara «funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività»[51].

Il legislatore sembra aver considerato scelte discrezionali[52] quelle riconducibili ad un margine di scelta dell'amministrazione nel campo dei contratti pubblici. Sarebbero dunque scelte discrezionali sia quelle frutto di una ponderazione di interessi, effettuate nella fase prodromica

---

[47] Sull'evoluzione tra vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici in tema di discrezionalità si vedano B. Boschetti, N. Berti, *La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo (tra risultato, fiducia e discrezionalità)* in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022, 618 ss.

[48] Si veda in merito l'analisi compiuta da M. Cafagno, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2024, 101. L'autore ricorda che secondo il Considerando 42 della direttiva 2014/24UE «È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione «sulla scorta della convinzione "che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri"».

[49] R. Villata, *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G.S coca, I, Bologna, 2005, 773-774.

[50] Basti riflettere su quanto affermava A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIII, 1964, 65 ss., secondo cui la discrezionalità consiste nell'agire libero dell'amministrazione come autorità, attenendo «all'attività nel suo modo di essere funzionale» alla tutela di un interesse pubblico.

[51] T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478. Allo stesso modo, S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, https:// spec.unibo.it/spisa/it/risorse-online/studi-sulla-disciplina-dei-servizi-pubblici, 6, «"risultato della esecuzione del contratto" […] altro non è che l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura». Da ultimo, E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 829-862.

[52] Secondo la Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 12, «attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica)».

alla pubblicazione del bando, sia quelle compiute in una fase successiva ad essa attraverso valutazioni tecniche[53]. In svariati casi, infatti, non si rinvengono nel diritto vivente qualificazioni particolari in merito al tipo di discrezionalità esercitata dai funzionari della stazione appaltante. Così è discrezionale la scelta operata dalla stazione appaltante nella definizione del contenuto del bando[54], compresa la base d'asta[55]; la scelta dei criteri

[53] A tale conclusione sembra giungere M. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato,* in *federalismi.it*, 23, 2023, 235-236, secondo cui nel Codice «ambiti di discrezionalità […] si ricavano in tutti i passaggi nei quali la norma, in presenza di determinati presupposti, non imponga uno specifico comportamento». Ed infatti, «A volte […] potrà trattarsi di esercizio di discrezionalità tecnica, magari connessa ad accertamenti del tutto meta-amministrativi, altre, invece, a scelte di pura discrezionalità amministrativa». Su tali nozioni si vedano quanto alla discrezionalità tecnica S. Cognetti, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere,* in *Diritto e Processo amministrativo*, 2013,352; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 213; D. Sorace, S. Torricelli, cit., 291, per cui la discrezionalità (tecnica) risiederebbe nella scelta tra più soluzioni tecnicamente possibili. Parte della dottrina M. Clarich, cit., 126 e G. Della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, cit., 145 ritengono che sia più corretto parlare di «valutazioni tecniche». L'accertamento di un fatto complesso e l'opinabile applicazione di norme tecniche non contemplano una vera e propria valutazione e comparazione di interessi. Sembra, infatti, affermarsi una «confusione terminologica». Come rileva P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica*, in *D. disc. pubbl.*, 2010, 164-165 quanto appena indicato è ricondotto alle riflessioni sia di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 3, Milano, 1993, 56 che considerava la discrezionalità tecnica un «errore storico della dottrina»; sia di V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 37, che parlava di «equivoco metagiuridico». Circa invece la discrezionalità amministrativa M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 73 che riprendono gli autori indicati. M. S. Giannini, in particolare, considerava la discrezionalità amministrativa come la necessità di effettuare una scelta, per tutelare l'interesse pubblico attribuito dalla legge all'amministrazione, indicato come primario, valutando comparativamente tutti gli interessi secondari (privati e pubblici) presenti nella fattispecie concreta. Per un'analisi più approfondita del pensiero di Giannini, si veda F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss. e da ultimo G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli, 2012, 123.

[54] *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 5, gennaio 2023, n. 175 secondo cui «la determinazione del contenuto del bando di gara costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l'Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare».

[55] T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 27 agosto 2021, n.9402, «la base d'asta deve essere

di aggiudicazione[56]; la fissazione dei requisiti di partecipazione; la valutazione dell'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico[57]; infine la scelta dell'operatore economico a cui affidare direttamente un contratto pubblico[58]. Interpretazioni, queste, che, sebbene riguardino il precedente Codice, risultano tuttora attuali attenendo a norme che nella loro struttura replicano il d.lgs. n. 50/2016[59].

La posizione appena evidenziata del giudice amministrativo non solo rileva al fine di qualificare cosa sia o meno «discrezionale», ma delinea anche i limiti al sindacato giurisdizionale sulla scelta operata dall'ammi-

fissata dalla Stazione appaltante in misura non sproporzionata ed arbitraria, ma non deve necessariamente corrispondere al prezzo di mercato; la Stazione appaltante agisce, sotto tale profilo, con ampia discrezionalità in relazione alle scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci, ai fini del corretto perseguimento dell'interesse pubblico oggetto dell'appalto da affidare, con la conseguenza che la stessa è sindacabile dal Giudice amministrativo solo per manifesta irragionevolezza o illogicità».

[56] T.A.R. Firenze, Sez. III, 29 giugno 2020 , n. 825, secondo cui «La fissazione delle regole di gara ad opera della Stazione appaltante, ivi compresa l'enucleazione dei criteri di valutazione e l'attribuzione dei relativi valori ponderali, costituisce il frutto di scelte connotate da ampia discrezionalità».

[57] Da ultimo, T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 12 gennaio 2023, n. 282 per cui «rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara». Dello stesso avviso, Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2019, n.1857.

[58] Secondo Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2022, n.1108 «nell'ipotesi di affidamento diretto è riservata alla stazione appaltante la scelta discrezionale del contraente, senza che sia necessaria la previa consultazione di un certo numero di operatori economici, da individuarsi tramite indagini di mercato o elenchi, essendo ciò espressamente previsto solo per la diversa procedura negoziata senza bando».

[59] Basti vedere la procedura di anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 110, d.lgs. n. 36/2023, che prevede una valutazione discrezionale della stazione appaltante sull'avvio della procedura e sulla valutazione dell'anomalia stessa; confermando sotto questo profilo l'impostazione del precedente art. 97, d.lgs. n. 50/2016. Così anche gli artt. 93 e 108, d.lgs. 36/2023, confermano l'attività discrezionale della commissione giudicatrice e della stazione appaltante nella definizione dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nella scelta delle formule da attribuire all'offerta economica, a mente degli artt. 77 e 95, d.lgs. n. 50/2016. Può considerarsi altrettanto attività discrezionale della stazione appaltante la definizione del bando a base di gara e dei requisiti di partecipazione, della suddivisione dei lotti e della valutazione dei gravi illeciti professionali, secondo la formulazione normativa degli artt. 83, 100, 58, 98, d.lgs. n. 36/2023. Le indicazioni normative degli articoli appena indicati sembrano ricalcare le disposizioni di legge del d.lgs. n. 50/2016 sulla base delle quali il giudice amministrativo ha individuato discrezionalità amministrativa nelle sue varie forme.

nistrazione, a prescindere che sia effettuata attraverso ponderazione di interessi[60] o mediante accertamento di fatti complessi[61]. Merita allora evidenziare che il giudice tende prevalentemente ad arrestarsi sulla soglia di un sindacato volto a verificare «la logicità dell'operazione seguita»[62]. I giudizi effettuati dall'amministrazione sono pertanto sottratti al sindacato «salvo che, con riguardo alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, non siano palesemente arbitrari, irrazionali, illogici ovvero basati su un evidente travisamento dei fatti»[63] o sproporzionati[64].

[60] A. Zito, *Consumazione del potere e discrezionalità*, in AA.VV., *Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023, 86, ritiene infatti che la definizione di discrezionalità offerta da M.S. Giannini nell'opera del 1939 fa «leva su un elemento (la ponderazione di tutti gli interessi in gioco) che per definizione di colloca in una dimensione […] fattuale».

[61] Così infatti E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. 484 ritiene che se ci si ferma ad un sindacato c.d. estrinseco c'è una sovrapposizione tra discrezionalità tecnica e amministrativa. Allo stesso modo, G. Corso, *Politica, tecnica, discrezionalità*, in AA.VV., *Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023, 378 e C.E. Gallo, *Sindacato del giudice e discrezionalità*, in AA.VV., *Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023, 252 che, affermando la necessità per il giudice di accedere al fatto per sindacare la discrezionalità. Infatti si considera un necessario un momento del potere discrezionale l'«individuazione della realtà dei fatti e degli interessi rilevanti».

[62] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 484. Si veda poi l'analisi compiuta da M. Nunziata, *Sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, in *Le valutazioni tecnico scientifiche tra amministrazione e giudice*, a cura di A. Moliterni, 355 ss. secondo cui emerge come il giudice ancora sia strettamente legato ad un sindacato estrinseco dell'attività discrezionale (tecnica) della stazione appaltante. Residuano inoltre orientamenti della giurisprudenza amministrativa minoritari che, pur riconoscendo un pieno accesso al fatto e la possibilità di effettuare un sindacato intrinseco da parte del giudice, rilevano sempre la necessità di un sindacato estrinseco che bada alla ragionevolezza, alla proporzionalità e all'eventuale difetto di istruttoria. Infatti, «quando ad un certo problema tecnico ed opinabile l'Autorità ha dato una determinata risposta […] il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto» Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5373.

[63] T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. III, 13 marzo 2023, n. 794. Dello stesso avviso, Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2022, n. 11465; Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2022, n. 9691; Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 15 novembre 2021, n. 1021; T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 3 maggio 2021, n. 2952; T.A.R. Abruzzo – Pescara, Sez. I, 20 febbraio 2018, n. 66.

[64] Secondo Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857; 22 febbraio 2019, n. 1222; TAR Campania – Napoli, 6 marzo 2019, n. 1276 la decisione discrezionale della

Anche la più recente giurisprudenza conferma quanto indicato ove prevede che le valutazioni in tema di contratti pubblici possano essere sindacate solo «in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto»[65].

Sebbene il sindacato del giudice appaia particolarmente limitato, la conoscenza dei presupposti di fatto che hanno guidato la scelta dell'amministrazione potrà essere determinante per accrescere la percezione di un vizio. Ed in effetti, ai fini della scelta l'amministrazione avrà dovuto acquisire «fatti, interessi e circostanze oggettivamente rilevanti in quello specifico contesto istruttorio»[66]. Attraverso questo complesso di elementi sarà possibile verificare se l'amministrazione ha esercitato correttamente la propria discrezionalità. Si pensi al caso del principio di ragionevolezza, il quale sostanziandosi nel dovere «di desumere solo le deduzioni plausibili dagli elementi di prova acquisiti»[67], richiede necessariamente un «contenu-

---

stazione appaltane «è sindacabile dal giudice amministrativo soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità».

[65] Cons. Stato, Sez. III, 17 giugno 2019 n. 4025. Così anche Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 per cui «il sindacato del giudice amministrativo sui giudizi che si atteggiano alla stregua di espressione di discrezionalità tecnica, può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche; tale sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, fermo restando che esula dal compito del giudice amministrativo il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite». Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713 ritiene che «il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto».

[66] S. Cognetti, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere,* in *Diritto e Processo amministrativo*, cit., 353, che ravvisa come l'acquisizione di fatti, interessi e circostanze sia un elemento comune a discrezionalità tecnica e pura (in sostanza ogni margine di scelta dell'amministrazione).

[67] P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 93.

to decisorio coerente e conseguenziale»[68] relativamente ai dati di fatto e di diritto emersi. Così, anche l'adeguatezza dell'istruttoria, relazionandosi talvolta alla ragionevolezza stessa della scelta[69], esige che l'amministrazione effettui un'istruttoria coerente alle circostanze di fatto oggetto di valutazione dell'amministrazione[70].

Allo stesso modo di quanto accade nell'applicazione del principio di ragionevolezza, anche nell'applicazione del principio di proporzionalità si impone – nella verifica dei suoi tre *test* – che siano garantite l'esattezza e la completezza dei fatti e degli interessi rilevanti nel procedimento,

[68] P.M. Vipiana, cit., 99. Secondo l'autrice quanto indicato è la rappresentazione della «ragionevolezza in senso oggettivo». L'apprezzamento dei fatti posti a base del provvedimento amministrativo è sindacabile «ove risulti inficiato da vizi logici». Da ultimo, F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 326, ha affermato come la ragionevolezza, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, si sostanzi nel fatto che il giudice può «censurare il risultato dell'attività cognitiva dell'amministrazione soltanto se la divergenza verte su fatti che sono suscettibili di accertamento, secondo criteri oggettivi; il resto è materia di opinione».

[69] Secondo T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. II, 17 novembre 2022, n. 3269, per far sì che il potere sia esercitato nel rispetto del principio di ragionevolezza, occorre che l'amministrazione dia conto in motivazione dell'adeguata istruttoria espletata attraverso la raccolta di idonei presupposti di fatto (nel caso di specie si trattava del rilascio di una licenza di pubblica sicurezza per l'apertura di un centro di raccolta di gioco e scommesse). Allo stesso modo T.A.R. Campania – Napoli, Sez. V, 14 settembre 2022, n. 5720, ritiene che per ottenere la licenza di guardia giurata, nonché la licenza di porto di pistola, sono necessari requisiti specifici. La valutazione dei requisiti necessari per l'esercizio delle funzioni di guardia giurata in particolare «deve essere esercitata da parte dell'Autorità di P.S. nel rispetto dei canoni tipici della discrezionalità amministrativa, sia sotto il profilo motivazionale che quello della coerenza logica e della ragionevolezza, dandosi conto in motivazione dell'adeguata istruttoria espletata al fine di evidenziare circostanze di fatto in ragione delle quali il soggetto richiedente eventualmente sia ritenuto pericoloso o comunque capace di abusi nell'uso delle armi o nell'esercizio delle funzioni».

[70] Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004, nel valutare se la scelta operata nella definizione della base d'asta fosse stata o meno preceduta da un'adeguata istruttoria per garantire il principio del *favor partecipationis*, ha affermato la necessità di compiere adeguate analisi di mercato per definire le premesse di fatto all'esercizio del potere, frutto nel caso di specie di discrezionalità tecnica. Anche per Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2022, n. 8220 «la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento) e la Pubblica amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali; in virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto».

evidenziando come dalla "qualità" della stessa istruttoria procedimentale derivi la possibilità di percepire in termini "qualitativi" la proporzionalità o meno della decisione[71].

A questo punto, l'attenzione non può che spostarsi sul patrimonio conoscitivo che la digitalizzazione reca con sé, essendo il *fatto* e la sua corretta acquisizione elementi comuni alla struttura dei vari tipi di discrezionalità amministrativa nonché sintomatici dei vizi che caratterizzano i margini di scelta dell'agire pubblico[72]. Occorre pertanto esaminare in che modo l'informatizzazione delle procedure ad evidenza pubblica consenta di raggiungere un risultato "conoscitivo" utile ad acquisire fatti funzionali all'applicazione delle norme in tema di appalti e di concessioni, anche verificando eventuali usi distorti della discrezionalità.

3. *Lo stretto legame tra* maladministration *e patrimonio conoscitivo dell'amministrazione: il ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici*

Il patrimonio conoscitivo acquisito dalla P.A. attraverso le nuove forme di digitalizzazione delle procedure di aggiudicazione costituisce un elemento essenziale sia per l'esercizio che per il controllo della discrezionalità amministrativa[73]. Controllo, questo, che veniva tradizionalmente ricondotto agli istituti offerti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, a partire dalla partecipazione procedimentale nella sua accezione "collaborativa", quale elemento essenziale di risorsa conoscitiva al fine di percepire con maggiore accuratezza gli interessi in gioco[74].

---

[71] S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, cit., 175.

[72] Come ha evidenziato G. Corso, cit., 214 «la discrezionalità si risolve, come abbiamo visto, in una scelta che non è univoca (altrimenti si tratterebbe di un potere vincolato), ma che è comunque plausibile entro un certo margine – che attiene o alla qualificazione del fatto o della situazione presupposta o alla misura presa».

[73] Cfr. par. 2.

[74] Tra tutti si veda M. Occhiena, *Prime riflessioni sugli interessi procedimentali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1997, 775 secondo cui la partecipazione procedimentale «è strumentale alla soddisfazione dell'interesse pubblico di cui è portatore l'ente procedente ed è soltanto un mezzo oggettivo (di introduzione di elementi valutativi per meglio individuare nel caso concreto lo stesso interesse pubblico), e non il fine». Sul punto si veda anche E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 6; F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 161ss.

Diversamente dal passato, nell'era della digitalizzazione l'insieme dei fatti, degli interessi e delle circostanze necessarie alle stazioni appaltanti per la predisposizione e per l'esecuzione delle procedure di appalto e di concessione è formato prioritariamente dalle banche dati. Come anticipato, il d.lgs. n. 36/2023, confermando le ultime modifiche apportate al d.lgs. n. 50/2016[75], prevede la centralità della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, in cui confluiscono «i servizi e le informazioni necessari allo svolgimento delle fasi dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici»[76].

Dalla lettura del Codice si evince come la banca dati indicata sia funzionale a garantire, oltre che trasparenza e pubblicità, anche tracciabilità delle procedure di gara da cui passa necessariamente il patrimonio conoscitivo in parola[77]. Ciò risulta evidente se si esamina la composizione della Banca dati nazionale. Essa contiene al suo interno[78] sia l'Anagrafe degli operatori economici utile a consentire un loro censimento da mettere a disposizione di tutti i soggetti operanti nell'ambito dell'ecosistema

[75] Si pensi alla l. 108/2021 che, modificando gli artt. 29 e 81, d.lgs. n. 50/2016, ha richiesto rispettivamente che «Tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici» e che «a documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici»; introducendo il fascicolo virtuale dell'operatore economico e la necessità dell'interoperabilità delle Banche dati. Si veda in merito sull'evoluzione relativa al precedente Codice dei contratti, L. Donato, M. Mariconda, M. Mirrone, *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici. L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in *Astrid Rassegna*, 8, 2020, 1 ss.; M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12, 2022, 133 ss.; P. Piselli, *Public procurement 4.0: i nuovi strumenti digital al servizio della contrattualistica pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 3, 2019, 861 ss.

[76] Art. 23, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

[77] Come confermato dalla Relazione del Consiglio di Stato «agli articoli e agli allegati» dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, Roma, 44, riguardo all'art. 23 comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

[78] Si veda in tal merito, https://dati.anticorruzione.it/superset/dashboard/appalti/.

nazionale di approvvigionamento pubblico[79]; sia il Fascicolo virtuale degli operatori medesimi[80], in cui confluiscono i dati relativi all'assenza di cause di esclusione automatica, all'assenza di gravi illeciti professionali insieme alle evidenze utili a dimostrare la qualificazione tecnica economica e finanziaria dell'operatore economico, e le informazioni riguardanti l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici secondo un principio di interoperabilità[81]. Quest'ultimo principio rappresenta una delle sfide principali del nuovo Codice, non solo per rendere il più possibile completa la banca dati relativamente ai dati in possesso dalle amministrazioni italiane, ma anche per realizzare il principio dell'unicità dell'invio, evitando che la trasmissione del dato, già effettuata da una stazione appaltante, sia replicata da un'altra[82]. Si definisce, infatti, un regime unico di pubblicità legale rappresen-

[79] A mente dell'art. 31, d.lgs. n. 36/2023. L'anagrafe, inoltre, sarà istituita presso ANAC.

[80] Ai sensi dell'art. 24, d.lgs. n. 36/2023.

[81] L'interoperabilità delle banche dati è un tema più volte affrontato dalla dottrina in vari campi. Si legga in tema, F. Merloni, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale,* a cura di B. Ponti, Rimini, 2008, 156 ss.; E. Carloni, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2009, 155 ss.; A. Sandulli, *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2021, 514 ss.; L.G. Sciannella, *"E- government" e accessibilità ai servizi: il "Sigle Digital Gateway"*, in *ambientediritto.it*, 2021, 458 ss.; G. Buttarelli, *L'interoperabilità dei dati nella Pubblica Amministrazione*, in *Lo Stato digitale nel Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, a cura di V. Bontempi, RomaTre Press, 2022, 144 ss. Da ultimo, sul rapporto tra coordinamento delle banche dati e governo del territorio, si veda M. Demichelis, *Il coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali per il governo digitale del territorio*, in *Dir. amm.*, 2023, 407 ss.

[82] L'art. 19, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, riporta tra i principi proprio quello dell'interoperabilità delle banche dati, secondo cui « I soggetti titolari di banche dati adottano le necessarie misure organizzative e di revisione dei processi e dei regolamenti interni per abilitare automaticamente l'accesso digitale alle informazioni disponibili presso le banche dati di cui sono titolari, mediante le tecnologie di interoperabilità dei sistemi informativi secondo le previsioni e le modalità del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005». Sulla necessità dell'interoperabilità delle banche dati per garantire efficacia di sistema in direzione della buona amministrazione si veda in prima battuta e con spirito di prospettiva G.M. Racca, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 346. Successivamente, sulla necessità di abilitare lo scambio e la condivisione delle informazioni tra amministrazioni M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica,* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, 618 ss.; G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei*

tato proprio dalla Banca dati nazionale e dalla Piattaforma Pubblicità a Valore legale[83] delle gare in essere e aggiudicate, da cui le amministrazioni possono ottenere i dati necessari per l'esercizio della loro funzione, evitando inutili ridondanze procedimentali [84].

Grazie alla interoperabilità, la banca dati nazionale, pur rimanendo uno strumento statico in cui si veicolano dati e informazioni per creare un patrimonio comune, assume una dimensione dinamica costituita dalla modalità di acquisizione del dato. Basti riflettere sul continuo dialogo con le diverse banche dati o piattaforme in possesso delle stazioni appaltanti da cui ottenere informazioni che permettono un aggiornamento pressoché istantaneo della banca dati stessa[85].

Nei modi precisati si offre dunque un patrimonio conoscitivo alle pubbliche amministrazioni. Queste potranno giovarsi degli atti adottati da altre amministrazioni per conoscere le condizioni tecniche e di mercato in cui operano. Quest'ultimo profilo appare ancor più chiaro se si considerano i dati che, su indicazione dell'ANAC, le stazioni appaltanti dovranno inviare[86] alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici[87]. In particolare,

---

dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa, Torino, 2018, 129-138; G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, 14- 15; F. Costantino, *Impresa e pubblica amministrazione: da industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Dir. amm.*, 2020, 892; G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, 14- 15; G. M. Racca, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, a cura di R.C. Perin, M. Lipari, G.M. Racca, Napoli, 2022, 25 ss.; M. Falcone, *Ripensare al potere conoscitivo tra algoritmi e big data*, Napoli, 2023, 100 ss.; G.M. Racca, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforma e* data analysis*,* in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2023, 357-388.

[83] A mente dell'art. 27, d.lgs. n. 36/2023. La BDNCP dialoga con la Piattaforma per la pubblicità a valore legale degli avvisi e degli esiti di gara, che attua le previsioni degli articoli 27, 84 e 85 del d.lgs. n. 36/2023, secondo le modalità definite dalla delibera ANAC n. 263/2023. Restano ferme le forme di pubblicità nel TED che sono assicurate dall'interoperabilità delle piattaforme telematiche e della BDNCP a mente dell'art. 84, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[84] E. Guarnieri, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, Torino, 2024, 232, occorre distinguere pubblicità legale dalla pubblicità ai fini della trasparenza.

[85] Si veda in merito, P. Clarizia, *La digitalizzazione,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 306-307.

[86] Secondo l'art. 225, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, le stazioni appaltanti dovranno inviare tali informazioni a decorrere dal 1 gennaio 2024.

[87] Ai sensi dell'art. 23 comma 5, d.lgs. n. 36/2023, l'ANAC «individua le informa-

essi riguardano la programmazione, progettazione e pubblicazione (bandi, gli avvisi di gara e quelli relativi alla costituzione di elenchi di operatori economici), l'affidamento (avvisi di aggiudicazione e le determine di aggiudicazione degli affidamenti diretti), infine tutte le vicende della fase esecutiva[88].

Le informazioni reperibili nel sistema conoscitivo serviranno, ad esempio, a "mappare" gli operatori economici di settore anche con riguardo alla loro capacità tecnica attraverso la visione del fascicolo virtuale sopra accennato. Conoscenze che, a ben vedere, potrebbero anche costituire le premesse attraverso cui esercitare attività discrezionale nella redazione degli atti di gara, come, ad esempio, nella definizione del contenuto del provvedimento di aggiudicazione; nella definizione di un prezzo competitivo a base d'asta o nella suddivisione degli appalti in lotti; così come nella valutazione della presenza di un'offerta anomala in seguito alla pubblicazione del bando di gara.

Come brevemente accennato, la Banca dati nazionale nel fornire elementi rilevanti per la gestione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici valorizza la trasparenza delle procedure di affidamento[89] come

---

zioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche di cui all'articolo 25».

[88] Come si evince della delibera ANAC n. 261 del 20 giugno 2023, 11, le stazioni appaltanti dovranno inviare alla BDNCP: «La stipula e l'avvio del contratto gli stati di avanzamento, i subappalti; le modifiche contrattuali e le proroghe; le sospensioni dell'esecuzione, gli accordi bonari; le istanze di recesso; la conclusione del contratto; il collaudo finale».

[89] Sulla concezione di trasparenza quale principio finalizzato al controllo generalizzato dell'azione amministrativa: G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2014, 875-891; M.A. Sandulli, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 1, 2015, 63 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili* in www. *federalismi.it*, 23, 2016; G. Gardini, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in www.*federalismi.it*, 1, 2017; M.R. Spasiano, *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità, in Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017; *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dell'introduzione*, a cura di G. Gardini, Magri, Rimini, 2019; E. Carloni, *Il paradigma della trasparenza*, Bologna, 2022, 50 ss. Da ultimo, sull'evoluzione della disciplina, B. Ponti, *Dieci anni di diritto alla trasparenza amministrativa: caratteri originari, trasformazione e integrazione del modello* in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022, 635-668. Con particolare riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, si veda l'analisi condotta da A. Corrado,

principale contraltare alla discrezionalità della stazione appaltante[90]. La possibilità di tracciare quanto deciso dall'amministrazione, concentrando in un'unica fonte quanto era invece distribuito nelle varie sezioni informatiche «amministrazione trasparente» o «società trasparente»[91], permette agli organi di controllo di verificare in maniera più incisiva fenomeni di *maladministration* valutando, ad esempio, se i provvedimenti pubblicati siano o meno motivati coerentemente alle premesse di fatto o nel rispetto della legge[92].

Il patrimonio conoscitivo così formato rappresenta un valido alleato anche per gli operatori economici per tutelare i propri interessi, potendo conoscere in maniera più completa la domanda pubblica e le informazioni di mercato necessarie a presentare offerte più competitive. Inoltre, i dati presenti nella banca dati nazionale risulteranno essenziali per accertare ai fini della tutela giurisdizionale se l'azione amministrativa sia stata o meno conforme alle disposizioni di legge e ai principi che la regolano. Un esempio di quanto appena riferito è rappresentato dal Fascicolo virtuale dell'operatore economico, attraverso cui verificare se l'amministrazione abbia aggiudicato un contratto pubblico ad un operatore economico in possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario[93] o nel rispetto del principio di rotazione[94].

La Banca dati oggetto d'esame costituisce pertanto un utile strumento conoscitivo per evidenziare i fatti, le circostanze e gli interessi necessari per affidare il contratto e garantire la sua esecuzione, costituendo – allo

---

Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice in www.*federalismi.it*, 31, 2023, 80-109.

[90] E. Carloni, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del pnrr,* cit. 662 per cui «la trasparenza è chiamata ad assumere una funzione di contrappeso all'elasticità/discrezionalità».

[91] Secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 33/2013.

[92] In tal senso G.M. Racca, *Trasformazione e innovazioni digitali*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 735 -736.

[93] Ai sensi dell'art. 24, d.lgs. n. 36/2023 e secondo le modalità definite dalla delibera n. 262 del 20 giugno 2023, il fascicolo virtuale dell'operatore economico serve all'amministrazione per verificare «l'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 e per l'attestazione dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai criteri di selezione requisiti di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce».

[94] A mente dell'art. 49, d.lgs. n. 36/2023. In tema si veda da ultimo, E. Giardino, *Gli affidamenti sotto soglia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 347-349.

stesso tempo – un'essenziale fonte di cognizione finalizzata a comprendere quanto compiuto dalle stazioni appaltanti. Un ulteriore strumento messo a disposizione dal d.lgs. n. 36/2023 per rendere più profondo il tracciamento dell'attività della pubblica amministrazione è costituito dalle piattaforme telematiche. Come si vedrà anch'esse risulteranno un valido ausilio per conoscere i fatti, gli atti e gli interessi posti a base delle decisioni amministrative, ripercorrendo l'*iter* logico giuridico compiuto dal funzionario.

4. *Le piattaforme certificate di approvvigionamento digitale come ulteriore strumento di controllo nello svolgimento delle fasi di gara*

Uno degli interventi più importanti sul piano della digitalizzazione delle procedure di affidamento di appalti e di concessioni operato dal d.lgs. n. 36/2023 è rappresentato dall'obbligo di utilizzo di piattaforme digitali nell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. Il protagonismo delle piattaforme di approvvigionamento, interoperabili con banche dati e ulteriori piattaforme come la piattaforma nazionale dei dati, rappresenta la realizzazione di uno dei principali obiettivi eurounitari[95], ribaditi all'interno del PNRR[96], finalizzati ad assicurare efficienza, efficacia e controllabilità delle procedure ad evidenza pubblica[97].

Prima dell'avvento del nuovo Codice[98], il d.lgs. n. 50/2016, insieme al Bando Tipo ANAC[99], aveva previsto il ricorso «a procedure di gara

[95] Basti riflettere su quanto indicato dalla Commissione UE, EXEP Group, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, 2019, che pone come obiettivo quello di garantire una piena interoperabilità fra banche dati, piattaforme nazionali ed europee per garantire efficacia, efficienza e controllabilità delle procedure di appalto. Senza soluzione di continuità si veda anche Consiglio dell'Unione europea, Conclusioni del 30 novembre 2020 (2020/C 412 I/01), *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*.

[96] Con particolare riferimento all'obiettivo, già citato, di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70).

[97] G. M. Racca, *Trasformazione e innovazioni digitali*, *cit.*, 4, 2023, 733.

[98] Si veda più diffusamente, F. Cardarelli, *Le procedure telematiche*, in *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, Milano, 2019, 182 ss.

[99] Anche l'ANAC ha eletto la procedura telematica quale soluzione principale per

interamente gestite con sistemi telematici»[100], assicurando che tali sistemi rispettassero i principi di *favor partecipationis*[101] e *par condicio* al pari delle tradizionali procedure ad evidenza pubblica su "carta"[102]. Sebbene fossero presenti diverse piattaforme di approvvigionamento per gli acquisti sotto-soglia (come Consip "AcquistinretePA"[103], altri mercati elettronici regionali[104] o piattaforme private[105] e acquistate dalle stazioni appaltanti per lo svolgimento di procedure di gara anche sopra soglia) non era possibile sfruttare appieno le loro potenzialità. Infatti, il dato normativo non consentiva di tracciare e gestire l'intera fase esecutiva[106], limitando il campo di applicazione dei *software* a solo parte dell'intero ciclo di vita dei contratti.

Nonostante i limiti anzidetti, le piattaforme telematiche consentivano,

---

l'affidamento dei contratti pubblici sopra soglia eurounitaria, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a motivare nella determina a contrarre la scelta di procedere con l'ormai vecchio sistema degli affidamenti cartacea. Si veda in merito la Delibera ANAC n. 773 del 24 novembre 2021 e, sul rilievo del Bando Tipo 1, l'art. 72, d.lgs. n. 50/2016.

[100] Art. 58, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

[101] Al fine di valorizzare il *favor partecipationis*, l' art. 58, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva poi che la piattaforma attribuisse «in via automatica a ciascun operatore economico che partecipa alla procedura un codice identificativo personale attraverso l'attribuzione di userID e password e di eventuali altri codici individuali necessari per operare all'interno del sistema»; la trasmissione di una ricevuta circa la corretta ricezione dell'offerta economica; piena accessibilità a persone con disabilità ed infine la produzione, in automatico, della graduatoria a conclusione della procedura.

[102]Nonostante l'art. 58, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 non indicasse le caratteristiche che questi strumenti informatici dovevano possedere, si richiedeva comunque che gli stessi non alterassero la parità di accesso agli operatori o che impedissero, limitassero o distorcessero la concorrenza o modificassero l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara.

[103] Come è noto comprende il Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MePa).

[104] Come, ad esempio, il MultiEnte Marche Gare Telematiche per gli Enti della Regione Marche (gestito da Maggioli); START – Sistema di acquisti telematici della Regione Toscana (Regione Toscana); S.TEL.L@ – Sistema Telematico Acquisti Regione Lazio (Direzione Regionale della Centrale Acquisti del Lazio).

[105] *Ex multis*, Appalti&Contratti *e-procurement* (Maggioli Spa); Acquisti telematici (Digital PA Srl); Tuttogare PA (Asmel by StudioAmica srl).

[106] A mente del D.M., 148/2021 l'art. 11 prevedeva unicamente che il sistema di approvvigionamento telematico consentisse solamente pagamenti in via telematica mentre all'art. 14 si indicava solo che il sistema telematico acquisisse la documentazione di gara e ne permettesse la «redazione».

secondo le indicazioni del D.M. n. 148/2021, di tracciare le attività di tutti i soggetti pubblici e privati che vi accedevano in un apposito registro, dall'acquisizione del CIG (codice identificativo gara)[107] e della successiva redazione della determina[108] a contrarre, fino all'apertura e valutazione delle offerte tecniche ed economiche da parte della commissione di gara[109] e conseguente aggiudicazione[110]. Ciò permetteva di ottenere, attraverso la consultazione dei registri telematici, tutti i presupposti di fatto che avevano scandito l'avanzare della procedura di gara.

Il nuovo Codice del 2023 implementa l'opera di digitalizzazione soprattutto sul piano della trasparenza. Le piattaforme telematiche diventano il supporto organizzativo essenziale per l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici[111]: dalla programmazione, alla progettazione, alla pubblicazione, all'affidamento e all'esecuzione.

Superando i precedenti limiti di operatività della piattaforma, la nuova disciplina impone: «a) la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale; b) la pubblicazione e la trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici; c) l'accesso elettronico alla documentazione di gara; d) la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico; e) la presentazione delle offerte f) l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale; g) il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie»[112].

Il sistema di *e-procurement* che il Codice attuale delinea prevede una certificazione delle piattaforme telematiche attraverso apposita determina dell'AgID[113] che prescrive a *software* privati e pubblici caratteristiche *standard* in tutto il territorio nazionale per realizzare i principi e i diritti digitali secondo quanto previsto dall'art. 19, d.lgs. n. 36/2023. Tali caratteristiche assicurano che le piattaforme di approvvigionamento digitale realizzino prima di tutto trasparenza[114] e legalità, tracciando più approfonditamente

[107] Art. 12, D.M., 148/2021.
[108] Art. 13, D.M., 148/2021.
[109] Art. 17, D.M., 148/2021.
[110] Art. 25, D.M., 148/2021.
[111] Art. 21, d.lgs. n. 36/2023.
[112] Art. 22, d.lgs. n. 36/2023.
[113] Determinazione AgID n. 137/2023 del 1 giugno 2023.
[114] Ai sensi dell'art. 20, d.lgs. n. 36/2023 che eleva la trasparenza quale principio da

le operazioni compiute dai funzionari pubblici e dagli operatori economici in un registro informatico appositamente creato[115]. Si indica infatti la necessità che questo registro sia inalterabile[116], che contenga al suo interno particolari operazioni come l'apertura delle offerte e la richiesta di cancellazione dei dati contenuti nella piattaforma, i dati identificativi, la provenienza digitale (IP) e gli accessi di chi opera e le comunicazioni effettuate[117]. Affinché sia consentita in maniera effettiva la tracciabilità delle operazioni, l'AgID richiede per la relativa certificazione che le piattaforme di approvvigionamento digitale producano estratti del Registro di sistema contenenti le informazioni raccolte per ogni singola procedura[118], prevedendo meccanismi "forti" di cancellazione del dato registrato[119].

La possibilità di controllare e di verificare l'azione amministrativa avviene soprattutto grazie all'interoperabilità delle piattaforme di approvvigionamento che realizzano il principio del *once – only*[120]. Le piattaforme oggetto di analisi s'inseriscono in un sistema che "dialoga" con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e con tutti i servizi offerti dalla piattaforma digitale nazionale dati, agevolandone formazione e completezza di contenuto. L'AgID richiede infatti come requisito di certificazione la

---

tutelare attraverso la digitalizzazione.

[115] "La piattaforma deve gestire un Registro di sistema, costituito da uno o più log, che garantisce la registrazione di ogni accesso (utente e profilo applicativo) degli eventi significativi in relazione al ciclo di vita del contratto" (Determinazione AgID n. 137/2023, 18).

[116] "La piattaforma deve garantire l'inalterabilità del Registro di sistema e la possibilità di verifica della sua integrità" (Determinazione AgID n. 137/2023, 18).

[117] Determinazione AgID n. 137/2023, 18-19-22.

[118] "La piattaforma deve produrre estratti del Registro di sistema con le informazioni raccolte per ogni singola procedura ed allegare tale estratto al relativo fascicolo di gara" (Determinazione AgID n. 137/2023, 18).

[119] "La piattaforma deve consentire la cancellazione del fascicolo di gara a seguito di richiesta del RUP. Tale funzione deve prevedere un meccanismo di controllo forte. Esempio: la conferma sia da parte del RUP che dell'ADS o ruolo del Gestore espressamente delegato per questa funzione" (Determinazione AgID n. 137/2023, p. 18.

[120] Come evidenziato da D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, 12, 2023, vi, il principio del *once -only* è strettamente legato alle capacità delle piattaforme di essere interconnesse con le banche dati anche alla luce di quanto indicato preliminarmente dal Regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi.

capacità del *software* di inviare alla Banca dati nazionale tutti gli atti e i documenti necessari al suo aggiornamento[121], a mente dell'art. 22 comma 2, lett. d) d.lgs. n. 36/2023, redatti in formato nativo digitale[122], sia quelli che devono essere pubblicati (anche con effetto di pubblicità legale[123]), dalla programmazione all'esecuzione (es. SAL, modifiche contrattuali, collaudo, ecc.)[124]. Si richiede inoltre alle piattaforme nelle attività di pubblicazione, affidamento ed esecuzione, di gestire l'invio delle informazioni e della relativa documentazione a supporto del controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti in fase di esecuzione e gestione delle garanzie[125]. Sempre sul piano dell'attività di controllo le piattaforme dovranno essere poi in grado di accedere al Fascicolo virtuale dell'operatore economico al fine di verificare il possesso dei requisiti di partecipazione delle imprese autodichiarati nel DGUE[126]; operazione questa non priva di criticità sul piano sistematico[127].

Da questa disamina emerge un dato molto importante ai fini del presente lavoro, ossia il fatto che le piattaforme di approvvigionamento digitale riescano a tracciare nel dettaglio le attività compiute da tutti gli attori delle procedure ad evidenza pubblica cristallizzandole in un registro di sistema. Se nella Piattaforma pubblicità e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici si inseriscono gli atti amministrativi dell'intero ciclo di vita dei contratti, le piattaforme telematiche attraverso il registro di sistema rendono possibile l'emersione di tutti i passaggi che sono avvenuti nella fase istruttoria, non esplicitati nella motivazione: dall'invio di tutte le comunicazioni (come lo scambio di *email*), agli accessi (*log in*) e agli

[121] Determinazione AgID n. 137/2023, 25.

[122] "La piattaforma deve garantire la redazione o acquisizione degli atti in formato nativo digitale in tutte le attività del ciclo di vita del contratto" (Determinazione AgID n. 137/2023, 19).

[123] Secondo le indicazioni dell'art. 27, d.lgs. n. 36/2023.

[124] Determinazione AgID n. 137/2023, 25.

[125] Determinazione AgID n. 137/2023, 25.

[126] Determinazione AgID n. 137/2023, 25.

[127] Secondo G.M. Racca, *Trasformazione e innovazioni digitali*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 730-731 occorrerebbe andar oltre il meccanismo di verifica di un'autodichiarazione, passando dalla elefantiaca formazione *on line* di un DGUE 4.0 a quello previsto dalla Commissione europea (art. 91, comma 3 del d.lgs. n. 36 del 2023 che, sfruttando l'interconnessione tra piattaforme e banche dati, dovrebbe consentire istantaneamente la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara degli operatori economici escludendo la redazione di un documento complesso).

eventi realizzati dagli operatori economici e dai funzionari della stazione appaltante. Ciò ricomprende tutte le operazioni svolte dai singoli membri della commissione giudicatrice o dal Rup nella valutazione e nell'apertura delle offerte[128]. Queste informazioni rappresentano parte dei presupposti di fatto che hanno permesso all'amministrazione di adottare una certa decisione ed è naturale quindi pensare come la possibilità di accedere a tali fatti permetta di rilevare eventuali forme di illecito amministrativo ad essi collegate.

Rimanendo sul lato della trasparenza, le piattaforme di approvvigionamento digitale certificate operano anche su un piano di maggiore immediatezza rispetto al tracciamento anzidetto. Esse, grazie all'interoperabilità[129], effettuano uno scambio di dati pressoché istantaneo tra piattaforma stessa e BDNCP evitando che inadempimenti[130] legati all'inerzia del funzionario possano pregiudicare la formazione del patrimonio conoscitivo costituito dagli atti che le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare al fine di verificarne la sua azione.

Merita evidenziare – infine – che il ricorso a piattaforme certificate assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte[131], introducendo un meccanismo generalizzato che impedisce la possibilità di conoscere prima dei termini di ricezione le offerte presentate. Nel valorizzare il principio di segretezza delle offerte, strumentale alla libera concorrenza[132], questa

[128] Determinazione AgID n. 137/2023, 22-25.

[129] Si veda in merito G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in www.*federalismi.it,* 19, 2023, 110-127.

[130] Secondo G.M. Racca, *Trasformazione e innovazioni digitali*, *cit.*, 730, si può configurare un danno erariale «da imputare a chi non consentirà l'interoperabilità delle banche dati, per omissione gravemente colposa».

[131] Il giudice amministrativo evidenzia la segretezza e la tracciabilità delle operazioni quali elementi peculiari delle procedure telematiche. Infatti, «la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte» (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388).

[132] La Direttiva 2014/24/UE all'art. 21 pone la riservatezza quale principio fondamentale della disciplina dei contratti pubblici, affermando che «Salvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l'am-

funzionalità consente alle piattaforme di valorizzare i presupposti di fatto, costituiti dalle offerte economiche e tecniche, registrandoli, evidenziandoli e rendendoli immodificabili, rafforzando così la trasparenza procedurale.

5. *Il* Building Information Modeling *(c.d.* BIM*) quale nuova modalità di scansione dell'agire in direzione della limitazione degli abusi amministrativi*

Nella dimensione conoscitiva offerta dalle nuove tecnologie un risalto particolare è stato dato ai c.d. modelli di digitalizzazione[133]: i *Building Information Modeling* (*BIM*)[134]. Questi si basano sull'utilizzo di *software* per la creazione «di modelli virtuali dell'edificio da costruire che contengono con altissima precisione la geometria e gli altri dati necessari per la progettazione, la scelta del contraente, la costruzione e la gestione della vita utile dell'edificio mediante la manutenzione»[135].

Sebbene tale modello risulti più utilizzato negli appalti di lavori, esso può essere utile anche per l'affidamento dei servizi e forniture in forza della sua capacità di rappresentare un «metodo di lavoro collaborativo che permette progettazioni e interventi simultanei attraverso un sistema inte-

---

ministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l'accesso alle informazioni, e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55, l'amministrazione aggiudicatrice non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto». Sul punto si veda, A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 139-143; J. Bercelli, P. Novaro, *I principi sull'assetto organizzativo delle stazioni appaltanti. Il principio di trasparenza e il diritto di accesso*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2017, 237-243; F. Mastragostino, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 16-22.

[133] Si veda in tema l'ampia letteratura anglosassone richiamata da S. Valaguzza, *Governare per contratto*, Napoli, 2018, 189.

[134] Per una prima analisi sui BIM, V. Sessa, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in www.*Giust.amm.it*, 2016.

[135] E. Quadri, cit., 96.

grato, creando un ambiente condiviso di dati»[136]. Il *BIM* viene qualificato come «metodo» per l'ottimizzazione della pianificazione e realizzazione di un contratto di appalto «tramite un *software* in grado di mettere insieme tutti i dati rilevanti»[137], al fine di condividere con gli operatori in gioco dati utili alla realizzazione del progetto[138].

Prima della consacrazione avvenuta con il codice dei contratti pubblici del 2023, il metodo *BIM* è stato riconosciuto dal nostro ordinamento attraverso un decreto che ne esaltava la metodologia sotto diversi punti di vista[139]. Il primo consiste nell'obbligo di emanazione di atti prodromici alla gestione del *BIM*, in cui tra i più importanti si evidenziava l'adozione di «un atto organizzativo che espliciti il processo di controllo e di gestione delle singole fasi procedimentali, la identità dei gestori dei dati e la proprietà degli stessi e le modalità di gestione dei conflitti, in relazione alla natura delle opere e dei cespiti comprensivi degli aspetti tecnici e procedurali adottati». Il secondo punto di vista riguardava invece l'adozione di una serie di definizioni utili alla comprensione della modellazione digitale. Una delle più importanti è rappresentata dall'«ambiente di condivisione di dati»[140], che in sostanza indica la finalità del modello *BIM*, consisten-

---

[136] G.M. Racca, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, cit., 742.

[137] T.A.R. Toscana, Sez. I, 2 agosto 2022, n. 977.

[138] Secondo S. Valaguzza, *Governare per contratto*, Napoli, 2018, 190, il *BIM* è uno strumento che dà valore alla disciplina dei contratti pubblici, riducendo i costi ed i tempi di esecuzione e di affidamento grazie alla trasparenza che tale metodo concede al progetto stesso e alla sua valutazione.

[139] Si tratta del D.M. n. 312/2021, di attuazione del Decreto semplificazioni, che integra il precedente D.M. n. 560/2017. Si attua in sostanza l'art. 23 comma 13, d.lgs. n. 50/2016. Si veda a tal riguardo, per una ricostruzione più compiuta della precedente disciplina M. Tiberii, *L'uso degli strumenti elettronici specifici (*building information modeling*) nei contratti pubblici*, in *www.nuoveautonomie.it*, 3, 2019, 429-453.

[140] L'art. 2, lett. a), D.M. n. 312/2021, afferma che per ambiente di condivisione dei dati, si tratta di «un ambiente digitale di raccolta organizzata e condivisione di dati relativi ad un'opera, gestiti attraverso specifici flussi di lavoro e strutturati in informazioni relative a modelli ed elaborati digitali prevalentemente riconducibili ad essi modelli informativi ed elaborati digitali prevalentemente riconducibili ad essi, corredato da flussi di lavoro a supporto delle decisioni, basato su un'infrastruttura informatica la cui condivisione è regolata da precisi sistemi di sicurezza per l'accesso, di tracciabilità e successione storica delle variazioni apportate ai contenuti informativi, di conservazione nel tempo e relativa accessibilità del patrimonio informativo contenuto, di definizione delle responsabilità nell'elaborazione dei contenuti informativi e di tutela della proprietà intellettuale».

te nella possibilità di condividere informazioni relative ad un'opera per mezzo della stazione appaltante e del soggetto esecutore. Procedendo oltre, il terzo punto di vista riguardava, invece, l'attribuzione di punteggi premiali alle offerte tecniche che prevedano l'uso della modellazione digitale nella fase esecutiva per mitigare, fra le altre cose, il rischio di varianti improprie[141] e permettere alla stazione appaltante di monitorare lo stato di avanzamento dei lavori ed il rispetto del crono-programma[142].

L'art. 43 del nuovo Codice dei contratti pubblici conferma l'utilizzo della "modellazione digitale" anche attraverso la previsione di criteri premiali a favore degli operatori economici che utilizzeranno questa modalità[143], nonché tramite l'introduzione di tempistiche di adozione obbligatoria del *BIM* e degli adempimenti preliminari da inserire nella programmazione della stazione appaltante[144]. Infatti, a differenza della precedente disciplina[145], si rende ora obbligatoria l'adozione del *BIM* dal 1° gennaio 2025 nei casi di progettazione, realizzazione di opere di nuova

[141] Ai sensi dell'art. 7-*bis*, comma 1, lett. c, D.M. n. 312/2021, «Le stazioni appaltanti possono introdurre, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione dell'offerta e nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 95 del medesimo codice, punteggi premiali per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici». A titolo esemplificativo, si valorizzano «proposte metodologiche volte a consentire un'analisi efficace dello studio, tra l'altro, di varianti migliorative e di mitigazione del rischio».

[142] Nell'art. 7-*bis*, comma 2, D.M. n. 312/2021 si afferma, infatti, che «Ulteriori criteri premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente che impieghi metodi e strumenti digitali che consentano alla stazione appaltante di monitorare, in tempo reale, l'avanzamento del cronoprogramma e dei costi dell'opera».

[143] Art. 43, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

[144] Secondo l'art. 43, comma 3 e 4, d.lgs. n. 36/2023, le stazioni appaltanti, secondo le modalità definite dall'all. I.9, dovranno adottare «misure relative alla formazione del personale, agli strumenti e alla organizzazione necessaria; i criteri per garantire uniformità di utilizzazione dei metodi e strumenti digitali per la gestione dell'informazione; misure necessarie per l'attuazione dei processi di gestione dell'informazione supportata dalla modellazione informativa, ivi compresa la previsione dell'interoperabilità dell'anagrafe patrimoniale di ciascuna stazione appaltante o ente concedente con l'archivio informatico nazionale delle opere pubbliche; modalità di scambio e interoperabilità dei dati e delle informazioni; le specifiche tecniche nazionali ed internazionali applicabili; il contenuto minimo del capitolato informativo per l'uso dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale»

[145] A tal riguardo, M. Tiberii, *L'uso degli strumenti elettronici specifici (*building information modeling*) nei contratti pubblici*, cit., 436-441 evidenzia nella precedente disciplina gli usi obbligatori e facoltativi del *BIM* e le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata applicazione.

costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti con stima del costo presunto dei lavori di importo superiore a 2 milioni di euro ovvero alla soglia dell'articolo 14, comma 1, lettera a), in caso di interventi su edifici di cui all'articolo 10, comma 1, del codice dei beni culturali, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42»[146], eliminando gli scaglioni applicativi del menzionato D.M. n. 312/2021[147].

Inoltre, nell'All. I.9 al Codice del 2023 si definiscono in maniera più dettagliata gli adempimenti della stazione appaltante per rendere effettiva la disciplina e permettere così l'adozione e la gestione dei *software BIM* da parte del personale amministrativo[148].

Da quanto rassegnato, si comprende come il metodo *BIM* nel vecchio e nel nuovo Codice consenta di acquisire nel dettaglio le informazioni riguardanti il progetto da realizzare (ad esempio, le esatte dimensioni, la

[146] Art. 43, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[147] L'art. 6, D.M. n. 312/2021, lett. d), e) e f) prevedeva degli scaglioni di applicazione della disciplina, secondo cui dunque sarebbe stato obbligatorio il *BIM* «per le opere di nuova costruzione ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 15 milioni di euro a decorrere dal 1° gennaio 2022; per le opere di nuova costruzione, ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici a decorrere dal 1° gennaio 2023; per le opere di nuova costruzione, ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 1 milione di euro, a decorrere dal 1° gennaio 2025».

[148] Si veda ad esempio l'art. 1 comma 2 dell'all. I.9. secondo cui «Le stazioni appaltanti, prima di adottare i processi relativi alla gestione informativa digitale delle costruzioni per i singoli procedimenti, indipendentemente dalla fase progettuale e dal relativo valore delle opere, provvedono necessariamente a: a) definire e attuare un piano di formazione specifica del personale, secondo i diversi ruoli ricoperti, con particolare riferimento ai metodi e agli strumenti digitali di modellazione, anche per assicurare che quello preposto ad attività amministrative e tecniche consegua adeguata formazione e requisiti di professionalità ed esperienza in riferimento altresì ai profili di responsabili della gestione informativa di cui al comma 3; b) definire e attuare un piano di acquisizione e di manutenzione degli strumenti hardware e software di gestione digitale dei processi decisionali e informativi; c) redigere e adottare un atto di organizzazione per la formale e analitica esplicazione delle procedure di controllo e gestione volte a digitalizzare il sistema organizzativo dei processi relativi all'affidamento e alla esecuzione dei contratti pubblici, oltre che per la gestione del ciclo di vita dei beni disponibili e indisponibili. Tale atto di organizzazione è integrato con gli eventuali sistemi di gestione e di qualità della stazione appaltante».

consistenza, la qualità dei materiali e dei requisiti dell'edificio) all'interno di un modello procedimentale di condivisione con gli operatori economici, rilevante anche per la fase esecutiva. Tali informazioni rappresentano i presupposti di fatto quale parametro di tutte le attività inerenti al progetto svolte sia dell'operatore economico che dall'amministrazione. Al fine di realizzare quanto appena riferito, la disciplina *BIM* sottolinea l'importanza di inserire tale "modellazione digitale" in un contesto di interoperabilità tra piattaforme digitali utilizzate «a mezzo di formati aperti non proprietari»[149], senza impedirne la lettura da parte di altri *software*.

6. *Il rafforzamento della percezione dei vizi di irragionevolezza e sproporzione attraverso la digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica*

Come anticipato fin dall'inizio del presente lavoro, i limiti e le varie forme di controllo della discrezionalità, quale margine di scelta dell'amministrazione, trovano come elemento comune il "fatto" e la sua "acquisizione". La corretta acquisizione del fatto pervade la dinamica della rilevabilità dei vizi riconducibili all'eccesso di potere con particolare riguardo a quelli richiamati dal giudice amministrativo nel campo dei contratti pubblici, acquisendo centralità l'irragionevolezza e la sproporzione. I fatti accertati assumono un valore pregnante e logicamente antecedente all'eventuale sindacato sull'attendibilità della valutazione tecnica o sulla ponderazione degli interessi compiuta. Per cogliere al meglio quanto appena riferito occorre però passare in rassegna i vizi appena menzionati ed il loro rapporto con le premesse di fatto all'esercizio del potere attraverso l'analisi dei correlati principi.

Partendo dal principio di ragionevolezza, sebbene questo rappresenti una «valvola affidata all'opera continua di dottrina e giurisprudenza»[150], esso è riconducibile al «dover essere» della discrezionalità[151], che impone all'amministrazione di effettuare una scelta coerente rispetto alle premesse costituenti i «fatti e gli interessi acquisiti con riferimento ad una situazio-

[149] Art. 4, D.M. n. 312/2021.

[150] G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, cit., 565. Evidenzia questo problema di natura definitoria anche D.U. Galetta, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 113.

[151] P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., 93.

ne concreta»[152]. Di conseguenza, l'amministrazione è tenuta a conoscere nella sua completezza la situazione concreta al fine di tutelare in maniera ottimale l'interesse pubblico attribuito dalla norma[153]. La ragionevolezza si presenta dunque come un criterio di metodo per l'esercizio del potere[154], strettamente connesso alle premesse «razionalmente poste»[155] e conosciute in modo adeguato dall'amministrazione[156].

La giurisprudenza conferma l'inquadramento dottrinale indicato nel campo dei contratti pubblici, evidenziando un legame tra percezione del vizio di ragionevolezza e corretto accertamento del fatto da parte dell'amministrazione che incide sul suo successivo apprezzamento. Così, in sede di anomalia dell'offerta si rileva che il giudice ha il potere di verificare se, nell'esercizio della discrezionalità tecnica, «l'utilizzo delle regole tecniche, da operare […] in conformità a criteri di logicità congruità e ragionevolezza, sia innanzitutto avvenuto sulla base di un corretto apprezzamento del fatto»[157]. Allo stesso modo, l'irragionevolezza della deroga all'obbligo di suddivisione in lotti, inquadrata dal giudice amministrativo come attività discrezionale, è rilevabile «dall'esternazione di una specifica e congrua motivazione che dia conto dei vantaggi economici e/o tecnico-organizzativi derivanti dall'opzione del lotto unico», in cui devono essere presenti le ragioni di fatto «per cui detti obiettivi siano prevalenti sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare ad un numero quanto più ampio di

[152] V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 261.

[153] Secondo, F. Astone, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in www.*federalismi*.it, 17, 2028, 11, «il principio di ragionevolezza comprende, nella sua area di operatività, anche ulteriori aspetti che attengono all'esito del processo decisionale, all'esatta ed esauriente ricerca e valutazione dei fatti costituenti i presupposti dell'intervento decisionale, alla individuazione, ponderazione, raffronto e contemperamento degli interessi rilevanti».

[154] Sul punto si veda diffusamente in tema G. Della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, cit., 147-148; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 215-216.

[155] Secondo S. Civitarese Matteucci, *Ragionevolezza*, in *www.treccani.it*, 2017, questo aspetto distingue la ragionevolezza dalla razionalità.

[156] P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., 123. a

[157] T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, 2 febbraio 2010, n. 241; T.A.R. Roma – Lazio, Sez. II, 4 gennaio 2012, n. 82. Allo stesso modo, T.A.R. Sardegna, Sez. I Cagliari, 13 aprile 2017, n. 258.

imprese e in particolare alle imprese di minori dimensioni»[158]. Così, anche la valutazione sull'irragionevolezza della scelta discrezionale dei requisiti di partecipazione alla gara deve essere effettuata alla luce delle premesse di fatto indicate dalla stazione appaltante che giustifichino la riduzione degli operatori economici partecipanti alla gara sotto il profilo tecnico[159]. Stesso ragionamento va applicato alla ragionevolezza della decisione della commissione giudicatrice sull'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, frutto di discrezionalità tecnica, ancorata anch'essa alle premesse utilizzate dalla commissione medesima[160].

Anche il principio di proporzionalità, al pari della ragionevolezza, pone il fatto quale elemento centrale per valutarne il suo rispetto[161]. Entrambi i principi rappresentano l'esigenza di consentire un più effica-

[158] Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1607.

[159] Si evince ad esempio come «L'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali è, infatti, un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, e costituisce titolo indispensabile per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti "conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità"» (T.A.R. Calabria – Catanziaro, Sez. I, 20 gennaio 2020, n. 102; Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032). Così anche T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, 27 aprile 2023, n. 981 ritiene che «Il requisito di idoneità professionale prescritto dalla lex specialis di gara deve essere interpretato secondo un criterio di ragionevolezza, tenendo conto degli ulteriori requisiti previsti nonché della finalità perseguita dall'Amministrazione. Come chiarito dalla giurisprudenza, il requisito di idoneità professionale ha la funzione di filtrare la partecipazione dei concorrenti, consentendola ai soli operatori economici forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento; tale coerenza deve essere valutata alla luce di un criterio di compatibilità complessiva, senza che possa essere richiesta una perfetta coincidenza ovvero una perfetta e assoluta sovrapponibilità tra le attività risultanti dall'iscrizione alla Camera di Commercio e l'oggetto dell'appalto».

[160] Nel confronto tra due punteggi attribuiti alle offerte tecniche il giudice amministrativo, riguardo un appalto di fornitura, ha rilevato assenza di irragionevolezza relativamente alle premesse di fatto adottate dalla commissione giudicatrice, in quanto «il giudizio espresso dal punteggio è il risultato di una valutazione complessiva delle funzionalità del macchinario, anche all'esito della prova in reparto»; (*ex multis*, T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. I, 4 novembre 2021, n. 923. Dello stesso tenore Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3091; T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. I, 25 ottobre 2022, n. 1020).

[161] Con la differenza, secondo S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità* in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1204, «mentre il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa, il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non vadano oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato».

ce controllo sull'azione amministrativa[162], obbligando l'amministrazione ad adempiere all'onere di istruire in modo accurato la decisione[163]. La proporzionalità guida l'amministrazione nel compiere una valutazione «con riferimento a tutti quei fatti e a quelle circostanze inerenti al complesso gioco della ponderazione degli interessi stessi»[164]. Se si riflette sui tre *test* posti alla base del suo sindacato, ossia idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto, si può comprendere in che modo l'amministrazione sia chiamata a metter in luce nella decisione gli elementi di fatto connessi alla fattispecie concreta da regolare. Sarebbe difficile, infatti, negare l'esigenza di un'adeguata conoscibilità ed analisi del materiale istruttorio acquisito per l'individuazione della misura idonea a realizzare il fine pubblico; insostituibile rispetto a valide alternative meno lesive per il privato e che sia frutto di una ponderazione armonica ed equilibrata degli interessi in gioco, bilanciando «*qualità* del fine da realizzare, con il livello di *tollerabilità* delle ripercussioni sugli amministrati»[165].

Quanto sostenuto in dottrina sul legame tra *fatto* e *proporzionalità* è stato rilevato anche dal giudice amministrativo ed europeo nell'ambito di appalti e concessioni. Nel considerare la legittimità di un provvedimento di esclusione dalla gara che aveva accertato un collegamento tra due operatori economici tale da influenzare le offerte presentate, si è affermato che «Il rispetto del principio di proporzionalità richiede [all] l'ente aggiudicatore [di] esaminare e valutare i fatti» che hanno portato l'amministrazione a decidere sull'esclusione medesima[166].

La proporzionalità, inoltre, obbliga, in attività marcatamente discrezionali, come ad esempio la redazione del bando, a «stabilire compensi remunerativi capaci di mettere i concorrenti nella condizione di presentare un'offerta sostenibile ed affidabile, evitando il

[162] Si veda in merito l'analisi compiuta da D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 168.

[163] E. Cardi, S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2012, 350-351.

[164] S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 101.

[165] S. Cognetti, *Legge, amministrazione giudice*, Torino, 2014, 177.

[166] Corte giustizia UE, Sez. IV, 15 settembre 2022, n.416. Allo stesso modo, Cons. Stato, Sez. III, 28 giugno 2022, n.5375, secondo cui per poter valutare la proporzionalità della misura antimafia il giudice deve poter accedere al fatto.

serio rischio di distorsioni nelle dinamiche concorrenziali e dell'effettuazione di lavori o erogazione di servizi di scarsa qualità»[167]. Per le medesime ragioni, il principio di proporzionalità indirizza l'esercizio della discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici di partecipazione nel senso che la loro previsione va «correlata a circostanze giustificate» e deve risultare funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito[168].

All'amministrazione spetta dunque l'obbligo di acquisizione e disamina dei fatti e degli interessi in gioco, imponendo una modalità decisionale che non trascuri «quelle indagini che gli elementi raccolti facciano apparire come utili»[169] per la tutela dei pubblici interessi. Da ciò è possibile desumere due esigenze strettamente collegate tra loro. La prima consistente nella necessità per la stazione appaltante di ottenere un vasto patrimonio conoscitivo che colmi le fisiologiche asimmetrie tra amministrazione e realtà tecnica e di mercato in cui opera indirizzando così la sua azione verso i principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella fase precedente alla redazione del bando. La seconda, invece, è quella di consentire agli organi di controllo e ai privati di percepire con maggiore efficacia i fenomeni di abuso in violazione dei principi appena richiamati per assicurare fiducia «nell'azione legittima, trasparente e corretta» dell'amministrazione[170]. Le piattaforme certificate di approvvigionamento digitale, *BIM* e Banca dati nazionale disciplinate dal d.lgs. n. 36/2023 possono fornire questo patrimonio conoscitivo in direzione di entrambe le esigenze.

Consideriamo dapprima le potenzialità delle piattaforme certificate,

---

[167] T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, 5 dicembre 2022, n. 7596; TAR Lombardia – Brescia, Sez. I, 9 luglio 2007, n. 621.

[168] Tar Campania – Napoli, Sez. III, 23 luglio 2020, n. 3264. Così anche T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 20 aprile 2022, n. 4783. Il medesimo ragionamento che valorizza le premesse di fatto è applicato dal giudice amministrativo per stabilire la legittimità del contenuto del bando. Ad esempio, è possibile introdurre l'obbligo di fidejussioni che siano limitative della partecipazione alla gara, purché esse «non siano strettamente necessarie al conseguimento dello scopo, secondo i parametri della idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto» (T.A.R. Lazio sez. II – Roma, 5 marzo 2014, n. 2550).

[169] F. Levi, cit., 519, che prima dell'emanazione della l. n. 241/1990 aveva evidenziato questa necessità per non incorrere in un vizio del principio di ragionevolezza.

[170] Secondo G.M. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 738 -739 la trasparenza assicurata dalla digitalizzazione è strettamente correlata a garantire la fiducia dei consociati nell'azione amministrativa.

prendendo ad esempio l'attività valutativa della commissione giudicatrice. Grazie alla capacità di fornire attraverso il registro di sistema una conoscenza nel dettaglio delle azioni esercitate da tutti gli attori della procedura di appalto o di concessione, le piattaforme in analisi permettono di valutare se la commissione giudicatrice abbia correttamente considerato – per l'attribuzione dei punteggi – le offerte presentate dagli operatori economici, quali premesse di fatto. La capacità della piattaforma di tracciare l'azione amministrativa in ogni suo aspetto consente di verificare se gli atti posti in essere dai funzionari pubblici, compresi quelli endoprocedimentali, siano stati adottati senza contraddizioni tra loro o senza dare adeguato rilievo ai fatti e agli interessi cristallizzati nel registro di sistema. Estendendo il ragionamento ad altre fattispecie, grazie a tale registro è possibile accertare se l'amministrazione abbia o meno seguito le indicazioni fornite agli operatori economici nei chiarimenti al disciplinare di gara, oppure se abbia correttamente fatto ricorso al soccorso istruttorio in relazione alle offerte presentate[171] o alle comunicazioni intercorse con gli operatori economici[172].

Pertanto, proprio la capacità delle piattaforme telematiche di registrare ogni azione dei pubblici funzionari, nonché di renderle immutabili, determina l'emersione dei vizi di eccesso di potere quali l'irragionevolezza, la sproporzione, il travisamento dei fatti ed il difetto di istruttoria, la cui essenza comune consiste proprio nell'errata valutazione o nel mancato accertamento dei fatti e degli interessi funzionali alla decisione[173]. Sotto

[171] Basti pensare all'orientamento consolidato in giurisprudenza per cui non è consentito procedere al soccorso istruttorio se questo riguarda gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2024, n. 1307).

[172] Le comunicazioni cristallizzate nel registro di sistema permettono di verificare il raggiungimento o meno del soccorso istruttorio. Sui requisiti e sui limiti procedimentali si vedano tra tutti, A. Bonaiti, S. Vaccari, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di "par condicio" tra formalismo e logica di risultato* in Dir. amm, 2, 2023, 373-405; D.U. Galetta, S. D'Ancona, P. Provenzano, *Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle "magnifiche sorti e progressive" di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato* in CERIDAP, 2, 2022, 22-45.

[173] G. Della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, cit., 359-360; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 375; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 493. *Ex multis*, T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 5 luglio 2021, n. 7923; T.A.R. Roma, Lazio, Sez. I, 14 dicembre 2016, n.12495. Quanto alla ragionevolezza si rifletta su quanto affermato da A. Romano, *Commento all'art. 26 T.U. Consiglio di Stato*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 220 ss., secondo

questo profilo, si pensi alla potenzialità della piattaforma telematica nel prevenire più efficacemente fenomeni di abuso amministrativo nelle procedure di affidamento diretto in cui l'amministrazione scelga di chiedere due o più preventivi prima di effettuare la scelta discrezionale del contraente; ebbene, attraverso il confronto delle offerte presentate dagli operatori economici, registrate in piattaforma, è possibile considerare, mediante la lettura della motivazione del provvedimento di aggiudicazione diretta, se vi sia coerenza tra i presupposti di fatto, contenuti nelle medesime offerte, e la scelta in concreto effettuata.

Lo stesso ragionamento può applicarsi per il *BIM* che, rilevando nel dettaglio le caratteristiche del progetto e dell'avanzamento dei lavori o dell'esecuzione del contratto, permetterà di ottenere elementi utili a vagliare l'esigenza di una o più varianti[174], alla luce dei presupposti definiti dall'art. 120, d.lgs. n. 36/2023, o a stabilire se suddividere[175] – e se sì in che modo[176] – l'appalto in lotti, sulla base di ragioni tecniche ed economiche emerse sul piano progettuale. Grazie alla modellazione

---

cui tale principio «consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra essa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose e, dunque, la logicità e la coerenza del processo decisionale».

[174] Si veda sul punto l'analisi condotta da G. M. Racca, R.C. Perin, Material changes in contract management as a symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement system, in G.M. Racca, C. R. Yukins (*editors*), Integrity and efficiency in sustainable public contracts, Bruxelles, 2014, 247-275, in cui si mette in risalto come le tecniche di modellazione digitale risultino efficaci per prevenire gli abusi nella fase esecutiva, in relazione alle modifiche approvate dalla stazione appaltante al contratto di appalto.

[175] Secondo Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1607, «l'amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, solo quando tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito».

[176] Secondo costante giurisprudenza, *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6209, «la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto» .

digitale l'amministrazione riuscirà a valutare più precisamente anche la pertinenza delle "migliorie" al progetto contenute nell'offerta tecnica, "indirizzando" come sua naturale conseguenza il margine discrezionale di scelta dell'amministrazione circa i punteggi predeterminati nel bando di gara.

Di conseguenza, si potranno percepire con maggiore chiarezza irragionevolezza e sproporzione delle decisioni, secondo le premesse di fatto emerse in *BIM* che hanno portato la stazione a stabilire una modifica del contratto in corso di esecuzione, il tipo (o la mancata) suddivisione in lotti dell'appalto o un certo punteggio all'offerta tecnica.

Quanto al ruolo della Banca dati nazionale, la più accurata percezione del vizio muove su un piano differente rispetto alle piattaforme certificate di approvvigionamento. Dalla presente analisi è emerso che tale banca dati racchiude in sé un vasto patrimonio conoscitivo costituito dagli atti di gara in essa pubblicati, anche relativi alla fase esecutiva, da cui ottenere rilevanti informazioni di mercato ottenibili anche mediante la consultazione del FVOE e dell'anagrafe degli operatori economici. Tale banca dati, diversamente dalle piattaforme certificate, non contiene e non forma un registro di sistema riguardante il dettaglio dell'azione svolta da tutti gli attori privati e pubblici. La stazione appaltante, grazie ad essa, può infatti ottenere dati utili alla conoscenza delle condizioni di mercato (quale parametro concorrenziale) per stabilire il prezzo a base di gara, l'anomalia di un'offerta economica, per individuare gli operatori economici che operano in un certo settore ed i loro requisiti ed, infine, gli elementi tecnici utili a motivare l'eventuale assenza di una suddivisione in lotti.

Il patrimonio conoscitivo offerto dalla Banca dati nazionale offre dunque alle stazioni appaltanti un parametro certo per la sua azione. Si rifletta, ad esempio, sulla definizione del prezzo a base di gara rispetto a cui la giurisprudenza richiede all'amministrazione di tener conto dell'interesse di mercato evitando «un'impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, di presentare un'offerta»[177]. In questo modo l'analisi dell'interesse di mercato, coincidendo con l'appetibilità del prezzo a base di gara, potrebbe essere effettuata mediante le consultazioni degli atti presenti nella Banca dati più volte menzionata. Ed in effetti potrebbero assurgere a premesse di fatto all'esercizio di tale scelta discrezionale il

[177] Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2022, n. 707; Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8359; Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6006.

numero degli operatori economici che hanno presentato le proprie offerte per appalti consimili ed il prezzo stabilito da altre stazioni appaltanti. La Banca dati nazionale sui contratti pubblici consentirebbe così di verificare se l'amministrazione abbia tenuto in considerazione queste premesse di fatto per la definizione del prezzo a base d'asta, in accordo ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità[178].

Il ragionamento appena proposto può applicarsi anche alla scelta discrezionale dei requisiti tecnici e professionali di partecipazione alla gara[179]. Anche in questo caso, la stazione appaltante per garantire ragionevolezza e proporzionalità della scelta potrebbe attingere ai dati contenuti nella Banca dati per verificare il numero e le caratteristiche degli operatori economici e valutare la risposta dei medesimi a bandi che prevedano come requisiti quelli che l'amministrazione ha intenzione di scegliere, onde evitare condotte discriminatorie che limitino il *favor partecipationis*. I dati così ottenuti e la loro successiva valutazione determineranno la possibilità di accertare se l'amministrazione abbia considerato, in base al *test* della necessarietà, requisiti meno restrittivi per la concorrenza pur garantendo che a parteciparvi vi siano operatori affidabili che assicurino la corretta esecuzione del contratto pubblico[180]. La conoscenza della platea degli operatori

[178] Si veda ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 28 settembre 2020, n. 5634, secondo cui «è necessario che la determinazione della base d'asta sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili ed acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza». Così anche Cons. Stato, Sez. III, 24 settembre 2019, n. 6355, Cons. Stato, Sez. III, 10 maggio 2017, n. 2168; Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081.

[179] Secondo T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 12 gennaio 2023, n. 282 «va ribadito il principio generale, pacifico in giurisprudenza, secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dellAmministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge». Allo stesso modo, T.A.R. Lombardia -Brescia, Sez. I, 19 ottobre 2021, n.880.

[180] Cons. Stato, Sez. V, 12 gennaio 2023, n. 431 ricorda che «l'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorchè più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purchè la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito. In ragione di ciò, il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi alla verifica del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara (*ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. III, 07 luglio 2017, n. 3352; Cons. Stato,

economici del settore può risultare essenziale anche nella definizione delle caratteristiche e dell'ammontare dei lotti da suddividere[181]. Ebbene, al fine di vagliare ragionevolezza e proporzionalità della decisione, la verificabilità delle premesse di fatto, costituite dalla consistenza numerica e dalle peculiarità tecniche ed economiche degli operatori economici presenti in un determinato settore, consentirà di stabilire se i lotti, così come configurati dalla stazione appaltante, siano funzionali a garantire «la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese»[182], coerentemente con quanto rilevato nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici[183].

Le condizioni di mercato fissate nella Banca dati nazionale saranno inoltre funzionali ad esaminare la correttezza della decisione della stazione appaltante circa l'avvio (o meno) della procedura di anomalia dell'offerta economica nonché sull'accertamento dell'anomalia stessa. L'attendibilità dell'offerta economica – e delle possibili giustificazioni – potrà essere desunta (anche[184]) dai costi medi praticati indicati negli atti di gara e cristallizzati nella medesima Banca dati. A tale riguardo, le informazioni di mercato ottenute potranno essere ancora più utili per percepire eventuali vizi del provvedimento di esclusione dell'impresa che ha presentato un'offerta anomala, sussistendo un onere motivazionale più stringente rispetto a quello richiesto per l'accoglimento delle giustificazioni, in cui la stazione appaltante ha l'obbligo di evidenziare minuziosamente i fatti che hanno portato alla medesima esclusione[185].

Sulla scorta di quanto rilevato, con l'ausilio della Banca dati nazionale sarà inoltre possibile effettuare un controllo più incisivo sulla legittimità

Sez. V, 26 luglio 2017, n. 3105; Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2017, n. 9; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; VI, 23 luglio 2008, n. 3655)».

[181] Sui limiti della suddivisione in lotti veda più diffusamente l'analisi condotta da S. Villamena, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni* in *Dir. amm.*, 2020, 933-963.

[182] Art. 58, d.lgs. n. 36/2023.

[183] Come rilevato da Cons. Stato, Sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491 «la tutela della concorrenza impone una ragionevole e proporzionata determinazione dell'oggetto e della tipologia delle prestazioni, dell'importo dei lotti, della loro allocazione territoriale, della durata, delle imposizioni di clausole o di condizioni particolari che, in ogni caso, non devono finire di fatto per favorire una impresa rispetto ad un'altra».

[184] Sussistono parametri diversi come i D.M. sul costo del lavoro o i CAM che insieme ala BDNCP assolvono a fonte di cognizione del dato fattuale.

[185] *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 12 maggio 2023, n. 4787.

delle procedure di affidamento diretto anche attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico. La scelta discrezionale della stazione appaltante sulla selezione dell'operatore economico a cui affidare il contratto, secondo le soglie previste dall'art. 50 d.lgs. n. 36/2023, deve essere compiuta scegliendo soggetti «in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni»[186] e di requisiti di ordine generale[187]. La motivazione del provvedimento dovrà dunque dare conto della sussistenza dei requisiti e della esperienza maturata. Anche in questo caso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici assolverà un ruolo fondamentale per esercitare un controllo più efficace sulla ragionevolezza del provvedimento discrezionale e sulla sua proporzionalità. In particolare, grazie a tale fonte di cognizione si potranno verificare la coerenza delle premesse di fatto, rappresentate dalle esperienze pregresse e dai requisiti di ordine generale, rispetto alla decisione presa, esaminando sia precedenti aggiudicazioni riguardanti l'operatore economico selezionato, sia il fascicolo virtuale dell'operatore economico attraverso cui controllare il possesso dei requisiti richiesti dal Codice per l'aggiudicazione[188]. Allo stesso modo, la Banca dati nazionale, nella disamina degli elementi di fatto riguardanti l'aggiudicatario, consentirà di valutare l'idoneità (secondo proporzionalità), sul piano tecnico, esperienziale ed economico della scelta dell'operatore a realizzare il contratto in direzione del principio del «risultato»[189].

[186] Art. 50, d.lgs. n. 36/2023, comma 1 lett. a).

[187] Definiti dagli artt. 94 -98, d.lgs. n. 36/2023.

[188] In direzione di una qualificazione delle imprese per garantire qualità degli affidamenti, G.M. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 738 afferma che «Per gli operatori economici ottenere un contratto pubblico non dovrà più essere una lotteria o una richiesta di favore, occultata nei formalismi di una gara, ma dovrà diventare il normale riconoscimento delle capacità dimostrate e raccolte nel proprio fascicolo virtuale, *digital identity wallet* (portafoglio digitale), che integrerà i *dossier* di rischio creditizio».

[189] A tal fine per F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 12, «diventerà ancor più importante il ruolo della motivazione, perché la stazione appaltante dovrà saper individuare sia gli elementi che manifestano una situazione di dubbio sia le circostanze che la inducono a individuare il risultato secondo certi contenuti».

7. *Riflessioni conclusive*

Il patrimonio conoscitivo offerto dalla digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica permette alle stazioni appaltanti di acquisire i fatti necessari allo svolgimento delle loro attività accordando sia al privato che agli organi di controllo la possibilità di esaminare nel dettaglio l'azione amministrativa facendo emergere eventuali casi di *maladministration*. La verificabilità dei fatti cristallizzati nella Banca dati nazionale, nelle Piattaforme certificate e nei *BIM* consentirà una nuova percezione dei vizi di eccesso di potere nel senso di un controllo più approfondito sulla irragionevolezza e sproporzione dell'azione, che hanno come elemento comune il travisamento dei fatti ed il mancato accertamento del materiale di ponderazione[190].

Dal lato dell'amministrazione, il patrimonio conoscitivo digitale spinge l'attività istruttoria verso dati conoscitivi più ampi e dettagliati che incrementeranno la qualità dell'azione[191] facendo emergere tutti quegli elementi necessari per lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. Di conseguenza, la stazione appaltante potrà utilizzare in chiave di prevenzione degli abusi amministrativi le informazioni ottenute al fine di indirizzare la propria attività verso i principi di ragionevolezza e proporzionalità. Una scansione dell'attività amministrativa più dettagliata e certa permetterà inoltre di valutare la correttezza della propria azione anche in

[190] Tale collegamento, infatti, è evidenziato anche dalla giurisprudenza. Secondo il T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 13 ottobre 2020, n. 10399 «la scelta di sottoporre l'offerta a verifica di anomalia è rimessa all'ampia discrezionalità della Stazione appaltante e, pertanto, risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza, illogicità o, ancora, palesi errori di fatto occasionati dalla sussistenza di elementi oggettivi sintomatici di una possibile incongruità (*ex multis*, Tar Lazio, Roma, n. 11420 del 2018; Tar Toscana, n. 426 del 2018; Tar Lombardia, Milano, n. 2048 del 2017). Peraltro, questa verifica è possibile nel caso in cui sussista un sospetto di anomalia sulla base di elementi specifici». Allo stesso modo il nesso tra difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti e irragionevolezza è evidenziato anche da Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713, per cui si richiede che il ricorrente provi l'irragionevolezza o il travisamento dei fatti sulla base della veridicità ed attendibilità degli elementi oggettivi e di fatto contenuti nel provvedimento amministrativo e nelle giustificazioni degli operatori economici (si veda tra tutti).

[191] Si veda in merito G. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, 629, che afferma come la digitalizzazione renda evidente «la connessione dei dati e dei fatti incidendo sulla qualità dell'istruttoria e delle connesse attività e responsabilità».

chiave di controllo e di autotutela[192], come ad esempio nel caso di falsa rappresentazione della realtà da parte del privato[193], la cui falsità potrà essere accertata grazie al riscontro contenuto nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici[194].

Sul versante della tutela giurisdizionale, invece, la macroscopicità del vizio, che consente al giudice di compiere un sindacato (solo) estrinseco sull'attività discrezionale dell'amministrazione[195], potrebbe assumere una dimensione diversa tramite la digitalizzazione. Nel senso che la verifica del vizio sarà più facilmente accertabile alla luce della completezza delle premesse di fatto all'esercizio della scelta che gli strumenti informatici sono in grado di garantire. L'esistenza di un patrimonio conoscitivo certo e immodificabile consentirà a coloro che chiedono tutela di introdurre nel processo tutti quegli elementi necessari affinché il giudice possa verificare[196], sulla base degli elementi di fatto acquisiti, la presenza dei vizi di eccesso di potere esaminati «sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma, sia nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»[197].

---

[192] Si veda in tema, E. Zampetti, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in "re ipsa" nell'annullamento d'ufficio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015, 730-743; M. Macchia , *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 634-639; N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in www.*federalismi.it*, 2017.

[193] *Ex multis*, T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. III, 27 luglio 2021, n. 1206, secondo cui «L'esercizio del potere di autotutela ha, di regola, carattere discrezionale; esistono, però, alcune ipotesi di annullamento doveroso, come nel caso in cui il destinatario ha ottenuto il provvedimento inducendo in errore l'Amministrazione attraverso una falsa rappresentazione della realtà (non necessariamente operando con dolo)».

[194] Questo con particolare riferimento all'art. 52, d.lgs. n. 36/2023, per il quale negli affidamenti diretti «di importo inferiore a 40.000 euro, gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti».

[195] Cfr. par. 2.

[196] In tal senso è emblematica T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. II, 4 luglio 2022, n. 1774, secondo cui nel campo dei contratti pubblici «le valutazioni tecniche dell'Amministrazione possono essere sottoposte al sindacato del giudice amministrativo (sempre che non riguardino il merito dell'azione amministrativa) nella prospettiva di un vaglio *ab externo* preordinato ad accertare un eventuale eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà, la cui evidenza deve essere avvalorata dal ricorrente mediante l'introduzione in giudizio di appositi elementi».

[197] Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2023, n. 4918, ricorda che questi sono i limiti del

Ciò influenzerà anche la possibilità del giudice di compiere un sindacato intrinseco sull'attività discrezionale dell'amministrazione ben oltre la macroscopicità del vizio[198], «mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Amministrazione», onde valutare «attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti», «rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere»[199]. Di conseguenza, si potrà accedere più efficacemente agli istituti della verificazione e della consulenza tecnica d'ufficio, in considerazione del dovere del giudice di accedere pienamente al fatto[200], senza naturalmente sostituirsi alla decisione dell'amministrazione.

Naturalmente, la capacità della digitalizzazione dei contratti pubblici di mettere in luce le premesse di fatto per sottolineare le ombre dell'azione amministrativa dovrà inevitabilmente confrontarsi con un sistema che impone alle stazioni appaltanti sfide assai impegnative. Gli esiti dell'approfondimento svolto fin qui muovono dal presupposto che

controllo giudiziale a prescindere dalla distinzione tra controllo estrinseco o intrinseco non abbia ragion d'essere circa l'attività tecnico discrezionale dell'amministrazione.

[198] Secondo T.A.R. Campania -Napoli, Sez. III, 3 maggio 2021, n. 2952, «La sindacabilità, da parte del G.A., della discrezionalità tecnica esercitata dalla P.A. può essere limitata al controllo dell'iter logico seguito, ove ciò appaia sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano elementi tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche, giacché potrebbe esulare dai compiti del giudice il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico, effettuate dalla P.A.». Dello stesso tenore, Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713.

[199] Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2023, n. 4918. Tra tutti, A.M. Sandulli, *Conclusioni delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa" svoltesi al Castello di Modanella il 16/17 giugno 2023 sul tema "Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione"*, in *giustiziainsieme.it*; A. Cassatella, *Decostruire la discrezionalità tecnica? Recensione al volume curato da A. Moliterni "Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministratore e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento"* in *Dir. proc. amm.*, 2022, 761-769. In chiave critica sulla distinzione tra sindacato intrinseco ed estrinseco, S. Rodolfo Masera, *Verificazioni e valutazioni tecniche: la "dimensione" processuale del problema* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, 427, per cui «in assenza di specifiche disposizioni di legge, non sembrano esservi ragioni di diritto positivo, che impongano, o meglio consentano, un sindacato che, in qualche modo, si differenzi rispetto ad un modello "normale" di controllo giurisdizionale».

[200] Secondo un orientamento costante del giudice amministrativo, «è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettivo e volitivo seguito dall'amministrazione nelle sue determinazioni». *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559; Cons. Stato, ordinanza 11 dicembre 2020, n. 709720.

la digitalizzazione nel nostro ordinamento abbia raggiunto alti livelli di maturazione[201]. Tuttavia, non sono pochi i limiti che tuttora si pongono in materia. Il principale è quello organizzativo e riguarda la capacità della stazione appaltante di dotarsi di personale adeguato[202] per consentire agli strumenti digitali analizzati di esplicare al meglio le proprie potenzialità, avendo cura di creare un ambiente digitale armonico che ricomprenda *hardware* e *software*[203]. Piattaforme di approvvigionamento digitali, Banda dati nazionale dei contratti pubblici e *BIM* sono stati analizzati come grandi collettori di dati che dovranno essere valorizzati dal singolo funzionario sia in chiave di "garanzia" (nell'ottica sin qui proposta di prevenzione di illeciti) che in chiave di "risultato".

In futuro potranno essere d'aiuto meccanismi predittivi forniti dall'intelligenza artificiale[204] attraverso cui "allertare" il funzionario in caso di decisioni irragionevoli e sproporzionate. Tuttavia, nell'attuale sistema permane la centralità della scelta discrezionale fondata sull'intelligenza

---

[201] Tale espressione è stata presa in prestito dall'opera dottrinale di prospettiva di R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2020, 305-328, che guarda «all'innovazione tecnologica, cogliendo il reciproco complemento tra diritto e scienza».

[202] Come rileva R. Cavallo Perin, *Pubblica amministrazione e* data analysis, cit. 12, «il diritto sull'amministrazione digitale, sull'utilizzazione delle banche dati, pone un problema che noi amministrativisti riconduciamo alla capacità o adeguatezza (art. 118, co. 1°, Cost.) delle organizzazioni, quali elementi di professionalità, di beni, di investimenti che debbono esistere perché si possano congruamente svolgere le funzioni, dunque quale capacità l'organizzazione debba avere per potersi vedere legittimamente assegnare le funzioni (adeguatezza dell'ente), non molto diversamente dalla capacità tecnico-professionale o economico-finanziaria, che si richiede ai terzi che vogliano divenire destinatari dell'esternalizzazione di funzioni e servizi delle pubbliche amministrazioni».

[203] Si veda in merito l'analisi condotta da E. Carloni, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, cit. 117-131

[204] Secondo G.M. Racca, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforma e* data analysis*,* in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2023, 383 ss. L'intelligenza artificiale permette analisi di mercato (analisi del rischio) che possono fondarsi sulla conoscenza esatta degli operatori economici e di quanto hanno realizzato negli anni, con quali amministrazioni, o enti privati, con quale esito, per ripensare un sistema di qualificazione rapido e oggettivo, mediante accesso diretto a sistemi informativi che superino la produzione, l'autocertificazione, la verifica e lo scambio documentale». Inoltre, si evidenzia che «L'intelligenza artificiale e l'analisi dei rischi permettono conoscenze che trascendono i riscontri documentali pensati per modalità cartacee di tempi passati e che oggi risultano in violazione dei principi di tempestività e del risultato che si intendono perseguire»

umana, ragion per cui servirà valorizzare "garanzia" e "risultato" puntando – quale *prius* logico – su formazione e qualificazione delle stazioni appaltanti[205]. Tanto più se si considera che gli ampi margini di scelta offerti all'amministrazione impongono un onere motivazionale che richiede al funzionario di trovare la "regola del caso" attraverso un'adeguata, ampia e profonda istruttoria che il giudice può sindacare[206]. Del resto, anche ANAC e Consiglio di Stato hanno affermato recentemente che la misura principale per prevenire e combattere i casi di *maladministration* consiste nella necessità di formazione del funzionario pubblico al fine di orientarlo consapevolmente verso un'amministrazione ragionevole e proporzionata[207].

[205] In tema si vedano G. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 38 e 54 secondo cui la necessità di qualificare le stazioni appaltanti deriva dall'esigenza di garantire il principio di adeguatezza e l'integrità dei contratti pubblici.

[206] Secondo M. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato*, cit., 238 «Il sindacato sulla discrezionalità e, dunque, sulla motivazione assume allora una rilevanza centrale nel sistema, esprimendosi soprattutto in termini di ampiezza e profondità di istruttoria procedimentale in ordine alle logiche che abbiano guidato l'azione amministrativa».

[207] Cons. Stato, Parere del 5 marzo 2019, n. 667, par. 5 e Linee guida ANAC n. 15, par. 12; Cons. Stato, Parere Sezione Atti normativi n. 506/2022; PNA 2022.

Abstract

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) ha apportato diverse novità in tema di digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica permettendo alle pubbliche amministrazioni di accrescere il proprio patrimonio conoscitivo al fine di acquisire più accuratamente le "premesse di fatto" all'esercizio del potere. Il medesimo decreto amplia anche la discrezionalità delle stazioni appaltanti, incrementando di conseguenza il rischio di abusi amministrativi. Le novità accennate inducono a riflettere su come la digitalizzazione, fornendo un ampio patrimonio conoscitivo, possa contribuire all'emersione dei casi di *maladministration* con particolare riferimento ai vizi di proporzionalità e di ragionevolezza.

Digital administration and "cognitive activity" in public contracts towards reasonableness and proportionality

The new Public Procurement Code (Legislative Decree no. 36/2023) has introduced several innovations in terms of digitalization of public tender procedures. This aspect has increased the knowledge base of public administrations to more accurately acquire the "factual premises" for the exercise of power. This decree also broadens the discretion of contracting authorities, increasing the risk of administrative abuse. The innovations presented make us reflect on the possibility that digitalization may contribute to the emergence of maladministration related to defects of proportionality and reasonableness.

Partecipazione pubblica e promozione dello sviluppo sostenibile: il caso emblematico della disciplina delle materie prime critiche

di Giulia Torta

Sommario: 1. Premessa. – 2. Partecipazione ed esercizio del potere amministrativo. – 3. Meccanismi operativi e dinamiche della partecipazione pubblica. – 3.1. I contratti di fiume: un esempio virtuoso? – 4. La disciplina delle materie prime critiche. – 4.1. Due linee d'azione parallele. – 4.2. Un'occasione per rafforzare la connessione tra partecipazione e sviluppo sostenibile? – 4.3. La normativa nazionale. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Negli ultimi decenni la pressione esercitata dai cambiamenti climatici e dall'inquinamento delle matrici ambientali ha imposto un ripensamento delle modalità di gestione delle risorse naturali e dell'esercizio delle attività economiche, spingendo l'Unione Europea (UE) e i singoli Stati a adottare misure sempre più rigorose per garantire un futuro sostenibile. Questo impegno crescente emerge chiaramente dalle numerose politiche e dai vari strumenti normativi che sono stati adottati.

Dal 2019, poi, in accordo con la visione strategica del *Green Deal* europeo[1], l'Unione e i suoi Stati Membri hanno implementato varie trasformazioni in campo economico e sociale per promuovere un modello di sviluppo più sostenibile, moderno ed equo.

In questo contesto, la pianificazione territoriale e la programmazione strategica emergono come gli strumenti centrali del potere amministrativo, attraverso i quali concretizzare le scelte di gestione del territorio e di sviluppo dell'economia in un'ottica "olistica". La pianificazione e la programmazione strategica, infatti, non solo si occupano di gestire l'esistente, ma prevedono una visione coordinata e integrata degli interventi nel futu-

[1] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Il Green Deal europeo (COM 2019/640). In proposito, si vedano D. Bevilacqua, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2022, 297 ss.; T. Treu, *Politiche europee e nazionali per la transizione verde*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1/2024, 1 ss.; D. Bevilacqua, E. Chiti, *Green Deal*, Bologna, 2024.

ro, orientando le azioni necessarie per garantire uno sviluppo sostenibile in armonia con il contesto sociale, economico e ambientale. Esse, in altri termini, rappresentano il mezzo attraverso cui le decisioni amministrative si traducono in interventi concreti, indirizzando il governo del territorio verso obiettivi di lungo termine.

Perché la pianificazione e la programmazione siano correttamente realizzate, poi, è essenziale che sia assicurato un coinvolgimento effettivo di tutti i portatori di interesse (i cosiddetti "*stakeholder*")[2]. La partecipazione pubblica, del resto, non solo arricchisce il processo decisionale, ma

[2] Ricostruire in modo dettagliato lo sviluppo diacronico del dibattito teorico sul tema della partecipazione è un'ardua sfida poiché si tratta di un argomento sul quale innumerevoli studiosi si sono soffermati in passato e che continua, ancora oggi, a rappresentare un intrigante campo di indagine. Sia sufficiente, per una ricostruzione organica sul tema della partecipazione, rinviare a *Democrazia, partecipazione, procedure decisionali*, *www.nuoveautonomie.it*, numero speciale 1/2025 che raccoglie gli atti del Convegno "Democrazia, partecipazione e procedure decisionali" svoltosi a Palermo il 14 e 15 dicembre 2023, ed in particolare ai contributi di L. Giani, *Democrazia, partecipazione e procedure decisionali. Spunti di riflessione per una lettura delle dinamiche per la garanzia della effettività dei diritti sociali*, 47 ss., e M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento quale fonte di legittimazione dell'uso del potere amministrativo*, 217 ss. Necessario anche un rinvio a C.P. Santacroce, *Territorio e comunità nella teoria giuridica della partecipazione*, Torino, 2023; P. Marzaro, *Partecipazione consapevole e giusto procedimento di pianificazione*, in *www.nuoveautonomie.it*, n. 1/2020, 5 ss.; A. Simonati, *Per la gestione "partecipata" dei beni comuni: una procedimentalizzazione di seconda generazione?*, in *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, a cura di M. Bombardelli, Napoli, 2016, 103 ss.; S. Villamena, *Note in tema di beni comuni e partecipazione*, in *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. op. cit.,* 143 ss.; G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazioni delle grandi opere*, Milano, 2010; G. Gioioso, *La pianificazione strategica partecipata in Italia*, Roma, 2006; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, 225 ss.; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1971, 25 ss.; Id., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2007, 13 ss.*;* M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991; E. Casetta, *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello Stato italiano*, in AA.VV., *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, Atti del XXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna (23-25 settembre 1976), Milano, 1977, 65 ss.; Id., *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 3 ss.; M.P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977; R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2017, 209 ss.

garantisce che le esigenze economico-sociali delle comunità siano prese in considerazione, contribuendo a definire un modello di sviluppo sostenibile che, da un lato, rispetti la storia, la tradizione e l'identità del territorio e, dall'altro, coinvolga attivamente le comunità degli *stakeholder* nella definizione e realizzazione delle strategie di crescita future di un territorio e, in senso più ampio, del Paese[3].

2. *Partecipazione ed esercizio del potere amministrativo*

Nel diritto amministrativo, la partecipazione pubblica svolge un ruolo centrale ed è uno strumento indispensabile per garantire trasparenza, efficienza e legittimazione delle decisioni pubbliche. Nel corso del tempo, essa si è affermata come elemento distintivo nella relazione tra pubblici poteri e cittadini: questo cambiamento ha portato a una trasformazione della struttura procedimentale che è passata da una logica bipolare, incentrata sul rapporto diretto tra amministrazione e cittadino, ad una logica multipolare[4]. Tale evoluzione, del resto, riflette l'idea della discrezionalità amministrativa come attività di ponderazione comparativa tra molteplici interessi secondari in relazione a un interesse primario.

Quando, poi, si tratta dell'adozione di misure generali, come atti normativi o amministrativi, la partecipazione pubblica assume connotati specifici poiché è imprescindibile che essa sia organizzata in modo aperto, inclusivo e trasparente, e sia dunque in grado di rafforzare la fase istruttoria attraverso la raccolta di informazioni, prevenire contenziosi e legittimare le decisioni. Inoltre, essa deve avere anche l'effetto extragiuridico di favorire l'accettazione delle regole da parte dei consociati e di contribuire a consolidare la fiducia di questi nelle istituzioni.

Nel contesto delle questioni ambientali, la partecipazione pubblica è stata sancita formalmente, a livello normativo europeo e nazionale, dagli

[3] Come messo in evidenza dalla dottrina, «gli istituti di partecipazione trovano nella pianificazione una sede fisiologica, potendo assumerne le forme più ampie e atipiche, perché essa è espressione emblematica dell'autonomia degli enti locali» Cit. da P. Marzaro, *Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 4/2022, 738.

[4] Cfr. G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, 168 ss.

articoli 6, 7 e 8 della Convenzione di Aarhus del 1998[5]. Da quel momento, diversi strumenti giuridici hanno poi evidenziato il valore della partecipazione non solo come mezzo di giustizia e democrazia, ma anche come necessità per lo sviluppo di una società più giusta. L'Ottavo *Environment Action Programme* dell'Unione Europea[6], ad esempio, ha messo in luce l'importanza della partecipazione pubblica per colmare le lacune conoscitive e promuovere una *governance* più inclusiva e responsabile. Parallelamente, l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite[7], attraverso il principio "*leave no one behind*"[8], ha sottolineato il ruolo cruciale di una *governance* partecipativa nel raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile. Il *Green Deal* europeo[9], infine, ha ribadito con forza il ruolo

[5] "Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale", firmata nella città di Aarhus, in Danimarca, nel 1998 ed entrata in vigore nel 2001 dopo la ratifica da parte di 47 Paesi (in Italia la ratifica è avvenuta con la legge 16 marzo 2001 n. 108). In vista della redazione del Sesto aggiornamento del Rapporto Nazionale sull'Attuazione della Convenzione di Aarhus per il Ciclo di rendicontazione 2025, nel maggio 2024 è stata avviata la fase di acquisizione di contributi utili all'aggiornamento del Rapporto Nazionale precedente (il quinto) datato 20 marzo 2021. Per un approfondimento sulla consapevolezza e partecipazione di cittadini per questioni ambientali si rinvia a I. Stanisci, G. Sarno, O. Curzio, S. Maio, A.A. Angino, P. Silvi, L. Cori, G. Viegi, S. Baldacci, *Air Pollution and Climate Change: A Pilot Study to Investigate Citizens' Perception*, in *Environments* 2024, 11, 190.

[6] *8th Environment Action Programme* (EAP), adottato con la Decisione (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 aprile 2022 relativa a un programma generale di azione dell'Unione per l'ambiente fino al 2030. Si vedano, in particolare, i considerando 34 e 35, nonché l'art. 3, lett. ab), ad) e af).

[7] L'Agenda 2030, adottata il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite e ratificata dall'Assemblea Generale dell'ONU, si compone di 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*Sustainable Development Goals, SDGs*). Questi obiettivi fanno parte di un piano d'azione più ampio che include 169 traguardi specifici da raggiungere entro il 2030, con interventi mirati nei settori ambientale, economico, sociale e istituzionale. Per un approfondimento dottrinario sulle sfide connesse allo sviluppo sostenibile si rinvia a *Democrazia, Diritti Umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?*, a cura di M. Immordino, N. Gullo, C. Celone, Napoli, 2024.

[8] A questo proposito, una riflessione interessante è proposta dalla dottrina nell'articolo di M. Montanari, L. Jacobs, M. Haklay, F.K. Donkor, M.R. Mondardini, *Agenda 2030's, "Leave no one behind", in citizen science?*, in *Journal of science communication*, n. 6/2021, 1 ss.

[9] Comunicazione della Commissione, COM(2019) 640 final, Bruxelles, 11 dicembre 2019. Al paragrafo 4 si sottolinea, infatti, che "*la partecipazione e l'impegno del pubblico e di tutti i portatori di interessi sono cruciali per il successo del Green Deal europeo. I recenti avvenimenti*

cruciale dei cittadini europei nel percorso di transizione ecologica inaugurato dall'UE, che costituiscono la vera e propria forza trainante della transizione verso un'economia più verde. Nel *Green Deal*, inoltre, viene evidenziata anche la connessione tra partecipazione e *accountability* delle istituzioni europee e nazionali, riconoscendo il valore del coinvolgimento attivo e informato dei cittadini che assurge a vera e propria necessità per garantire l'efficacia delle politiche ambientali e di transizione ecologica.

Una delle caratteristiche peculiari della partecipazione pubblica, tuttavia, è l'impossibilità di immaginarne un'unica forma standardizzata e per sempre cristallizzata, il che inevitabilmente richiede alle amministrazioni pubbliche, di volta in volta titolari del potere di approvazione dei piani e programmi, di fare uno sforzo (anche creativo) per definire le modalità più efficaci per identificare i portatori di interesse e coinvolgerli attivamente[10].

Tenuto conto di questo, è evidente come l'unica strategia utile a razionalizzare l'azione amministrativa nell'identificazione dell'approccio più idoneo ad ampliare la partecipazione, adattandosi al contesto specifico, sia la chiara individuazione degli obiettivi che giustificano l'intervento dei soggetti portatori di interesse. Ciò, peraltro, è in linea con i principi generali che devono ispirare l'esercizio del potere amministrativo nell'ambito della pianificazione e della programmazione strategica, giacché è imprescindibile che le scelte operative, destinate a plasmare azioni concrete e sostenibili, capaci di proiettare una visione di lungo termine che integra crescita economica, tutela ambientale e dinamiche sociali virtuose, siano adeguate al raggiungimento degli obiettivi prefissati, evitando eccessi e garantendo un equilibrio tra i diversi interessi in gioco.

---

politici hanno dimostrato che le politiche più audaci funzionano solo se i cittadini sono stati pienamente coinvolti nella loro elaborazione. […] *Se vuole garantire il successo del Green Deal e determinare cambiamenti duraturi, la Commissione deve dare ascolto alle istanze dei cittadini, che sono e dovrebbero rimanere il motore della transizione.*"

[10] N.d.R. è da sottolineare, però, come persista una evidente discrasia tra il piano teorico, ove è ormai consolidata l'idea che il buon governo del territorio e il corretto esercizio delle competenze amministrative siano strettamente connessi alla partecipazione attiva dei portatori di interessi, e il piano pratico dell'esercizio del potere amministrativo, ove l'implementazione del principio di partecipazione in norme operative rimane spesso incerta.

3. *Meccanismi operativi e dinamiche della partecipazione pubblica*

Pur nella varietà dei modelli esistenti, che senza dubbio rappresenta un elemento di forza del sistema, è possibile e doveroso individuare linee guida per procedere ad una categorizzazione dei meccanismi di partecipazione che rientrano in una logica "*top-down*"[11], ossia avviati su iniziativa dell'amministrazione[12], e che includono un vasto elenco di attività. Come si è premesso, la classificazione di questi meccanismi varia in base agli obiettivi che si intendono perseguire attraverso la partecipazione dei cittadini e agli effetti previsti sul provvedimento amministrativo in questione.

La divulgazione di informazioni al pubblico, ad esempio, ha l'obiettivo di migliorare la comprensione da parte dei cittadini interessati riguardo all'esistenza di un problema, alle possibili soluzioni e alle opportunità associate. Tuttavia, questo approccio presuppone una partecipazione unicamente passiva da parte degli *stakeholder*, che si limitano ad ascoltare e recepire quanto comunicato dall'amministrazione pubblica. In tale contesto, l'impatto atteso della partecipazione pubblica è evidentemente scarso, poiché tutte le valutazioni degli interessi in gioco e la decisione finale restano esclusivamente nelle mani dell'amministrazione.

Strumenti come la consultazione, il coinvolgimento e la collaborazione, invece, riconoscono agli *stakeholder* partecipanti un ruolo progressivamente più attivo, pur mantenendo l'iniziativa e la gestione del procedimento amministrativo saldamente in capo all'amministrazione. Ove si volesse accogliere una ricostruzione che non legge in questi tre termini dei sinonimi, ma riconosce a ciascuna di queste tre tipologie di ingaggio degli *stakeholder* caratteristiche peculiari, si potrebbe affermare che tra queste vi

[11] Questa categorizzazione è avanzata dall'*International Association of Public Participation* (IAP2) e riproposta dall'*European Environmental Agency* nel suo *Briefing*, *The case for public participation in sustainability transition*, 2023, che si inserisce nella serie "*Narratives for change*", attraverso la quale si esplorano gli elementi essenziali per promuovere una società più giusta, verde ed inclusiva, in linea con le ambizioni del Green Deal europeo.

[12] Al contrario, possono essere definiti meccanismi di matrice "*bottom-up*" tutti quelli che sono caratterizzati da un'iniziativa che parte dal basso, direttamente dai cittadini o dalle associazioni. Cfr. L. Goudeseune, M. Solerød, M. Aleksandrova, A. Asanica, H. Eggermont, C. Jacques, X. Le Roux, F. Lemaitre, A. Popa, J. Ungvári, (2020). *Handbook on the use of biodiversity scenarios. BiodivERsA-Belmont Forum report*, 2020.

è una gradualità che tende a mettere sempre più in risalto il contributo dei portatori di interesse[13].

In base a questa interpretazione, dunque, per mezzo della consultazione l'amministrazione tenderebbe a rivolgersi ad una platea idealmente indeterminata di soggetti portatori di interessi per raccoglie pareri, osservazioni e contributi su questioni emerse durante la fase istruttoria, al fine di garantire che le loro istanze e aspettative siano valutate e integrate nella decisione finale. Il coinvolgimento, invece, si spingerebbe oltre, consentendo agli *stakeholder* (in questo caso determinati o determinabili) di partecipare più direttamente al procedimento con modalità appositamente previste per influenzare le scelte amministrative, pur senza sottrarre all'amministrazione il potere decisionale. La collaborazione, poi, rappresenterebbe una modalità più integrata e partecipativa, in cui degli *stakeholder* (anche in questo caso determinati o determinabili) affiancano l'amministrazione in tutte le fasi del procedimento amministrativo, dalla formulazione delle alternative all'identificazione della soluzione ottimale. In questo ultimo contesto, perciò, la decisione finale dovrebbe scaturire da una concertazione tra l'amministrazione e gli *stakeholder*, che agiscono come soggetti co-decisionali su un piano di (tendenziale) parità[14].

Tra i meccanismi di partecipazione di logica "*top down*", peraltro, dovrebbe annoverarsi, secondo alcune ricostruzioni[15], anche il c.d. *empowering* degli *stakeholder* (traducibile in italiano come "responsabilizzazione"). In tale modello, pur essendo l'amministrazione ad avviare il procedimen-

[13] Questo è il caso della partecipazione degli stakeholder alla predisposizione di regolamenti o di atti amministrativi generali, di pianificazione e programmazione. M. De Donno, *Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati*, in *www.federalismi.it*, 6/2018.

[14] La collaborazione, dunque, potrebbe assumere un significato più stringente nell'ipotesi della necessità di trovare un accordo tra p.a. e singoli che sono propedeutici al raggiungimento dei fini amministrativi. Per una ricostruzione dell'evoluzione del principio di consensualità nell'azione amministrativa, si vedano M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 1981; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998; E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012; M. De Donno, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, 2015.

[15] S.R. Arnstein, *A ladder of participation*, in *Journal of the American planning association*, n. 4/1969, 216 ss.

to, la decisione finale dovrebbe sostanzialmente essere determinata dagli *stakeholder*, con l'amministrazione che si limita a recepire e formalizzare le scelte espresse dai portatori di interesse, in termini sia di opportunità sia di modalità e contenuti del provvedimento.

A fronte delle strategie di partecipazione appena elencate, dunque, non v'è dubbio che, abbandonando la concezione meramente formale della partecipazione pubblica, intesa alla stregua di un semplice adempimento procedurale (il cui effetto è sostanzialmente quello di "consentire" ai cittadini di convalidare decisioni già prese[16]), esistono diverse strategie per garantire ai cittadini un ruolo più centrale e determinante nel processo di formazione delle decisioni pubbliche. Parimenti, è indubitabile che, in accordo con quanto previsto dal *Green Deal* e dagli altri strumenti nazionali e internazionali, le amministrazioni pubbliche dovrebbero puntare con decisione sull'implementazione di quei modelli partecipativi che realizzano una partecipazione sostanziale, poiché è solo questa tipologia di partecipazione che garantisce il rispetto del principio dello sviluppo sostenibile[17]. Per le stesse ragioni, peraltro, il coinvolgimento dei cittadini non dovrebbe essere concepito come un esercizio sporadico legato a singoli processi decisionali, ma come parte integrante di un approccio di *governance* strutturale e sistematico.

È necessario mettere in evidenza, tuttavia, come, nella realtà italiana, priva di una solida ed omogenea procedimentalizzazione della partecipazione[18], il coinvolgimento degli *stakeholder* tenda, purtroppo,

---

[16] Come evidenziato già da tempo dalla dottrina, l'informazione e la consultazione non attribuiscono ai cittadini un reale potere decisionale. In questo senso si è parlato di "*tokenism"* (traducibile come partecipazione *pro-forma*). Cfr. S.R. Arnstein, *A ladder of participation*, op. cit.

[17] Crf. *Il ruolo della partecipazione e dello stakeholder engagement nella definizione e attuazione delle politiche per lo sviluppo sostenibile*, pubblicazione realizzata, nel 2023, nell'ambito del Progetto CReIAMO PA – Competenze e reti per l'integrazione ambientale e il miglioramento delle organizzazioni della PA – promosso dal MASE in collaborazione con Sogesid SpA e finanziato dal Dipartimento della Funzione Pubblica a valere sull'Asse 1 "Sviluppo della capacità amministrativa e istituzionale per la modernizzazione della pubblica amministrazione" del Programma Operativo Nazionale Governance e capacità istituzionale 2014/2020 (PON GOV).

[18] Cfr. A. Simonati, *Per la gestione "partecipata" dei beni comuni: una procedimentalizzazione di seconda generazione?*, op. cit. Doveroso precisare che, in alcune normative di settore, la partecipazione pubblica è stata resa obbligatoria. In proposito è sufficiente menzionare

a rimanere episodico, relegato a interventi contingenti e privi di continuità. Questo approccio, da un lato ha il vantaggio di mantenere un elevato livello di flessibilità, adatta ai vari possibili schemi d'azione dell'amministrazione pubblica, dall'altro lato presenta, però, anche evidenti criticità, poiché favorisce meccanismi temporanei – come workshop, audizioni o campagne informative – che, per quanto utili nella raccolta di pareri, risultano limitati nella loro portata e nell'impatto a lungo termine.

Peraltro, l'impostazione prevalente della partecipazione pubblica rimane essenzialmente reattiva, cioè, sollecitata nella sua attivazione dalla necessità di ottemperare agli obblighi normativi o di rispondere a crisi emergenziali, e non sembra far parte di una strategia partecipativa volontaria e sistematica.

Oltre alle considerazioni appena avanzate, inoltre, è bene sottolineare che, per fare in modo che la partecipazione pubblica sia sempre effettiva, le amministrazioni dovrebbero sempre impegnarsi a garantire ai partecipanti un riscontro immediato circa la ricezione dei loro contributi e dovrebbero sempre richiamare nella motivazione dell'atto finale (almeno sinteticamente) le posizioni emerse, giacché solo questo consente di dimostrare come i contributi ricevuti abbiano influenzato il processo decisionale. Le tecniche di partecipazione utilizzate, inoltre, dovrebbero essere esplicitate, indicando anche le ragioni della loro preferenza, dal momento che la scelta tra gli strumenti disponibili può incidere sul numero e sulla tipologia dei partecipanti, oltre che sulla qualità delle informazioni raccolte.

È doveroso mettere in evidenza, infine, che questi meccanismi partecipativi, per essere realmente efficaci, dovrebbero sempre essere caratterizzati da tre elementi chiave: anticipazione, informazione e incidenza[19]. La partecipazione, in altri termini, deve iniziare già nelle fasi preliminari dei processi decisionali, dove si aggregano le conoscenze, deve essere basata su una piena accessibilità alle informazioni raccolte

---

la previsione, contenuta nell'articolo 40 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), ove si chiarisce che, "1. Salvi i casi di dibattito pubblico obbligatorio indicati nell'allegato I.6, la stazione appaltante o l'ente concedente può indire il dibattito pubblico, ove ne ravvisi l'opportunità in ragione della particolare rilevanza sociale dell'intervento e del suo impatto sull'ambiente e sul territorio, garantendone in ogni caso la celerità."

[19] E. Boscolo, *Un catalogo di principi (operanti) per l'urbanistica contemporanea*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 2/2024, 85 ss.

dall'amministrazione, e deve essere realmente in grado di influenzare le decisioni finali[20].

3.1. *I contratti di fiume: un esempio virtuoso?*

I modelli di partecipazione pubblica più all'avanguardia, oggi, sono spesso promossi, in via sperimentale, a livello locale[21]: si tratta di approcci che superano di gran lunga le modalità di partecipazione "tradizionali", le quali si limitavano a garantire formalmente ai privati la possibilità di presentare osservazioni a piani già adottati e pronti ad essere adottati. Coi nuovi modelli, infatti, viene promossa una visione della gestione del territorio "aperta", in cui i soggetti interessati possono (e devono) arricchire il panorama dell'amministrazione con conoscenze, interpretazioni delle dinamiche territoriali, e proposte specifiche per la pianificazione.

Tra gli esempi più interessanti di questi nuovi modelli partecipativi rientrano, senza dubbio, i Contratti di Fiume (CdF)[22], introdotti dal legi-

[20] Come evidenzia Boscolo, peraltro, la partecipazione, valorizzando il principio di sussidiarietà orizzontale, comporta anche la condivisione della gestione di beni comuni urbani, con un'apertura verso modelli di co-gestione già sperimentati, come il Patto di Bologna promosso da *Labsus*. Questo approccio di co-gestione, si integra con la crescente diffusione di strumenti come i contratti di paesaggio e di rete ecologica, evoluti dai contratti di fiume, e trova solide basi giuridiche, non solo nell'art. 55 del Codice del Terzo Settore (Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117 aggiornato alla Legge 4 luglio 2024, n. 104), ma anche in importanti sentenze della Corte costituzionale (come la sentenza n. 131 del 2020), che delineano un'amministrazione aperta e orientata al coinvolgimento attivo delle comunità responsabili. Cfr. E. Boscolo, *Un catalogo di principi (operanti) per l'urbanistica contemporanea)*, op.cit.

[21] Tra questi modelli sono inclusi, per esempio, la nomina di garanti per l'informazione e la partecipazione, l'organizzazione di sessioni pubbliche di presentazione, e la costituzione di assemblee civiche, come quelle per il clima. Per un approfondimento, si rinvia a A. Fiorentino, *La democrazia partecipativa tra crisi della democrazia rappresentativa e crisi climatico ambientale: alcune riflessioni sulla fioritura delle assemblee dei cittadini per il clima*, in *www.federalismi.it*, 4 ottobre 2023.

[22] Come messo in evidenza dalla "Carta Nazionale dei Contratti Fiume" i CdF si ispirano, nei loro elementi fondanti alla Direttiva Quadro 2000/60/CE, che prefigura politiche sistemiche di riqualificazione delle acque superficiali e sotterranee, creando obiettivi comuni con altre normative europee che promuovono l'utilizzo di strumenti di governance e sussidiarietà per attuare le politiche ambientali, quali: la Direttiva Habitat 92/42/CEE, che prevede la creazione di una Rete ecologica europea; la Direttiva 2007/60/CE, relativa alla gestione del rischio alluvioni, e la Proposta di Direttiva

slatore nel 2015[23] traendo ispirazione dall'esperienza francese dei "*Contrat de Rivière*"[24] e dalla "Carta Nazionale dei Contratti di Fiume", strumento di *soft law* adottato nel 2010 in seno al "Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume"[25].

In applicazione dei principi di sussidiarietà (orizzontale e verticale), sviluppo locale partecipato e sostenibilità, la Carta del 2010 definisce i CdF come "processi di programmazione negoziata e partecipata volti al contenimento del degrado eco-paesaggistico e alla riqualificazione dei

Quadro per la Protezione del Suolo, SFD – *Soil Framework Directive*, avente l'obiettivo di "proteggere il suolo dall'erosione e dall'inquinamento". Per una disamina più approfondita dei Contratti di Fiume si rinvia a C. Leone, *I contratti di Fiume negli argini del diritto amministrativo*, Napoli, 2024; V. Parisio, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *www.federalismi.it*, n. 23/2023, 162 ss., D. D'Orsogna, S.S. Scoca, *Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume*, in *www.nuoveautonomie.it*, n. 2/2023, 461 ss., F. Cusano, *La gestione della risorsa idrica qual vascel fra l'onde e scogli*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 4/2024, 1163 ss.; M. Vernarola, *I contratti di fiume nella pianificazione ambientale*, in *www.ambientediritto.it*, n. 2/2021, 1 ss.; A. Prontera, *I contratti di fiume*, in *federalismi.it*, n. 18/2017, 2 ss.; A. Formica, *Il contratto di fiume quale strumento privilegiato per il contrasto al dissesto idrogeologico*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 4/2021, 49 ss.; F. Pubusa, *Forme e strumenti della partecipazione degli interessi diffusi e collettivi nell'azione amministrativa: i "contratti di fiume"*, in *Quaderni di diritto e processo amministrativo,* n. 25/2017 – *Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende*, 195 ss.

[23] Legge 18 dicembre 2016, n. 221, che ha introdotto l'articolo 68 *bis* nel decreto legislativo 3 aprile 152 del 2006, altrimenti noto come T.U. dell'ambiente. Invero, è doveroso segnalare che già nei primi anni 2000 diverse esperienze pilota in Lombardia e in Piemonte avevano giocato un ruolo centrale come laboratori dinamici e creativi per sperimentare a livello locale questa nuova forma di gestione del territorio. Per monitorare e coordinare la diffusione e l'evoluzione dei Contratti di Fiume, in ogni caso, il D.M. 8 marzo 2018, n. 77, del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE) ha istituito un Osservatorio Nazionale dei Contratti di Fiume (ONCdF – contrattidifiume.mase.gov.it), incardinato presso il Ministero, nell'ambito del quale è attiva una piattaforma che raccoglie e sistematizza le informazioni provenienti da Province e Regioni.

[24] Per una ricostruzione dell'istituto si rinvia a *I contratti di fiume. Riflessioni interdisciplinari*, a cura di C. Leone, Milano-Udine, 2024; P. Duret, *"Crossing the great divide". Spunti per un approccio sussidiario alla gestione dell'acqua (ovvero della rondine e della primavera)*, in *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, a cura di M. Andreis, Torino, 2015, 29 ss.; E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, 2012.

[25] Il "Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume" nasce nel 2007 come gruppo di lavoro del Coordinamento Agende 21 Locali Italiane (associazione creata nel 2000 senza scopo di lucro, costituita da Regioni ed enti locali), con l'obiettivo di creare una community in grado di scambiare esperienze e promuovere i Contratti di Fiume in Italia.

territori dei bacini/sottobacini idrografici", il cui obiettivo è stimolare una "progettualità territoriale dal basso", coinvolgendo le comunità nella valorizzazione del proprio territorio e promuovendo azioni dirette e concrete per elaborare progetti in linea con le reali potenzialità che ciascun territorio esprime.

Pur nella consapevolezza che i processi di creazione dei CdF "si declinano in maniera differenziata nei diversi contesti amministrativi e geografici in coerenza con i differenti impianti normativi, in armonia con le peculiarità dei bacini, in correlazione alle esigenze dei territori, in risposta ai bisogni e alle aspettative della cittadinanza", la Carta individua, poi, delle linee guida per la procedura di costituzione ispirate a delle regole chiave definite "cardini operativi": la più ampia collaborazione territoriale, la consapevolezza della volontarietà dell'adesione, la trasparenza del processo decisionale, l'inclusione di tutti i soggetti che esprimono la volontà di partecipare, la leale collaborazione e la corresponsabilità tra i sottoscrittori del CdF.

Emerge chiaramente, perciò, che, nell'ottica della Carta del 2010, i CdF si qualificano come una tipologia di governo del territorio innovativa e partecipata, potenzialmente capace di superare persino la tipologia di partecipazione propria dell'*empowering* (che, come si è visto, si ascrive comunque ad una logica *top-down* in cui l'iniziativa è prerogativa dell'amministrazione), per dare spazio ad un meccanismo genuinamente ispirato all'approccio *bottom-up* (in cui un'iniziativa parte dal basso, direttamente dai cittadini o dalle associazioni)[26].

Gli spunti offerti dalla Carta, tuttavia, sono stati solo parzialmente recepiti dall'articolo 68 *bis* del d.lgs. 152/2006, giacché il testo dell'articolo si limita a qualificare (genericamente) i CdF come 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 e concorrendo alla definizione e all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico. Dal testo della norma, dunque, non emerge un inquadramento chiaro di questo strumento nel novero di una categoria giuridica specifica e ciò rappresenta un elemento problematico se si considera che l'articolo

[26] In questo senso V. Parisio, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, op. cit., 177 ss.

36 *ter*, comma 9, del decreto semplificazioni *bis* del 2021[27] richiama specificatamente i CdF tra gli strumenti che il commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico può utilizzare per "interventi di manutenzione idraulica sostenibile e periodica dei bacini e sottobacini idrografici che mirino al mantenimento delle caratteristiche naturali dell'alveo, alla corretta manutenzione delle foci e della sezione fluviale anche al fine di ripristinare, in tratti di particolare pericolosità per abitati e infrastrutture, adeguate sezioni idrauliche per il deflusso delle acque".

È evidente che i CdF non hanno (né potrebbero avere) l'ambizione di sostituirsi alle intese istituzionali o alle altre forme di programmazione negoziata, né tanto meno agli strumenti di piano in senso proprio, ma possono avere la funzione di catalizzatori per attivare processi virtuosi di governance ambientale e, grazie alla flessibilità che li contraddistingue, possono garantire la reale aderenza ai bisogni locali. Proprio la flessibilità e l'agilità dei CdF, tuttavia, ne rappresentano il profilo più problematico, nella misura in cui le forme di implementazione concreta sono talmente eterogenee da rendere quasi impossibile l'identificazione di uno schema unitario e la sicura determinazione della natura negoziale o pubblicistica dello strumento.

4. *La disciplina delle materie prime critiche*

Tra le normative di recente adozione che si inseriscono nell'ambito dell'ampia riflessione sullo sviluppo sostenibile in Europea è certo che il nuovo regolamento europeo UE 2024/1252[28], c.d. *Critical Raw Materials*

[27] Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108.

[28] Regolamento (UE) 2024/1252 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, che istituisce un quadro atto a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche e che modifica i regolamenti (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1724 e (UE) 2019/1020. (GU *L, 2024/1252, 3.5.2024*). Già in occasione della Conferenza sul futuro dell'Europa, svoltasi nel maggio del 2022, la Commissione europea aveva inserito l'adozione del *Critical Raw Materials Act* all'interno delle iniziative annunciate dal programma di lavoro della Commissione per il 2023 e sulla necessità di introdurre una normativa uniforme sul tema si era espressa anche la Presidente della Commissione europea in occasione del discorso sullo Stato dell'Unione del 14 settembre 2022.

Act, sia tra quelle destinate a giocare un ruolo fondamentale nel plasmare il futuro dell'economia e, per alcuni aspetti, della tutela ambientale. Esso, invero, parte dal presupposto che le materie prime "critiche"[29] (o direttamente "strategiche"[30]) rappresentino spesso fattori produttivi indispensabili per una vasta gamma di settori strategici, tra cui le energie rinnovabili, e siano esposte a un rischio di approvvigionamento elevato[31], dunque è improcrastinabile migliorare il funzionamento del mercato interno salvaguardando la resilienza economica e l'autonomia strategica dell'UE.

Per queste ragioni, il nuovo regolamento istituisce un quadro giuridi-

[29] L'elenco delle materie prime critiche, contenuto nell'allegato II, sezione 1, del regolamento, dovrebbe includere tutte le materie prime strategiche, nonché qualsiasi altra materia prima di grande importanza per l'intera economia dell'Unione, per la quale esiste un rischio elevato di perturbazione dell'approvvigionamento suscettibile di falsare la concorrenza e di frammentare il mercato interno. Oltre alle tecnologie strategiche, in futuro anche altri settori potrebbero essere esposti a elevati rischi di approvvigionamento. Per tenere conto dei possibili cambiamenti tecnologici ed economici, è opportuno che la Commissione, in linea con la prassi attuale, effettui periodicamente una valutazione sulla base dei dati riguardanti la produzione, lo scambio, le applicazioni, il riciclaggio e la sostituzione per una vasta gamma di materie prime, al fine di aggiornare gli elenchi delle materie prime strategiche e critiche, in modo tale da riflettere l'evoluzione dell'importanza economica e del rischio di approvvigionamento associati a tali materie prime nel mercato interno. L'elenco delle materie prime critiche dovrebbe includere le materie prime che hanno raggiunto o superato le soglie per quanto riguarda sia l'importanza economica sia il rischio di approvvigionamento, senza attribuire alle materie prime pertinenti un ordine di importanza in termini di criticità. Tale valutazione dovrebbe essere basata su una media degli ultimi dati disponibili per un periodo di cinque anni.

[30] L'elenco delle materie prime strategiche, contenuto nell'allegato I, sezione 1, del regolamento, dovrebbe contenere materie prime che rivestono una grande importanza strategica per il funzionamento del mercato interno, tenendo conto del loro utilizzo in tecnologie strategiche alla base delle transizioni verde e digitale o nelle applicazioni di difesa o aerospaziali, che sono caratterizzate da un divario potenzialmente significativo tra l'offerta e la domanda prevista a livello mondiale e la cui produzione è relativamente difficile da incrementare, tra l'altro, anche a causa dei lunghi tempi di realizzazione dei nuovi progetti che aumentano la capacità di approvvigionamento. Per tener conto dei possibili cambiamenti tecnologici ed economici, è opportuno che l'elenco delle materie prime strategiche sia riesaminato periodicamente e, se necessario, aggiornato.

[31] Considerato il ruolo fondamentale di molte di queste materie prime critiche nella realizzazione delle transizioni verde e digitale e dato il loro utilizzo in applicazioni di difesa e aerospaziali, dunque, si stima che la loro domanda sia destinata ad aumentare in modo esponenziale nei prossimi decenni e che, al contempo, in un contesto di crescenti tensioni geopolitiche e di una sempre più forte concorrenza per le risorse, sia in aumento anche il rischio di perturbazioni dell'approvvigionamento.

co comune (specificatamente finalizzato garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche e capace di uniformare immediatamente le discipline nazionali) e stabilisce parametri di riferimento chiari per gli Stati Membri, così da rafforzare le filiere produttive nazionali e diversificare l'approvvigionamento dell'Unione entro il 2030. Secondo quanto stabilito dal *Critical Raw Materials Act*, quindi, almeno il 10% del consumo annuale di materie prime critiche dovrà provenire da attività di estrazione svolte all'interno dell'Unione ed almeno il 15% dovrà provenire dal riciclo dei materiali. Quanto alle singole materie prime strategiche, si chiarisce, inoltre, che non più del 65% del consumo annuo dell'Unione per ciascuna potrà dipendere da un singolo Paese terzo, indipendentemente da quale sia la fase rilevante della lavorazione.

4.1. *Due linee d'azione parallele*

Promuovendo un'ottica di lungo periodo, il regolamento identifica e sostiene due linee d'azione parallele.

Sotto un primo profilo, il regolamento punta sulla identificazione dei c.d. "progetti strategici"[32] legati alle materie prime, qualificando come tali tutti i progetti, indipendentemente da chi sia il promotore del progetto[33], che soddisfano i criteri elencati all'articolo 6, comma 1[34].

[32] Ai sensi dell'articolo 2, si definisce "progetto relativo alle materie prime critiche" "qualsiasi impianto pianificato o espansione significativa pianificata o riconversione di un impianto esistente attivo nell'estrazione, nella trasformazione o nel riciclaggio di materie prime critiche". Ai progetti strategici è dedicata la sezione 2 del regolamento, articoli da 6 a 8.

[33] Ai sensi dell'articolo 2, "promotore del progetto" può essere "qualsiasi impresa o consorzio di imprese che elabora un progetto relativo alle materie prime". In linea generale, tuttavia, è legittimo ritenere che, nell'ottica del regolamento, i promotori dei "progetti strategici" dovrebbero essere generalmente enti pubblici; questa interpretazione si ricava dalla lettura degli articoli 15 e 16 del regolamento, rispettivamente dedicati all'accelerazione dell'attuazione dei progetti strategici e al coordinamento dei finanziamenti.

[34] Da una lettura attenta della Sezione 2 del Capo 3 del regolamento appare chiaro che la lista dei criteri per il riconoscimento dei progetti strategici rappresenta un elenco chiuso e che tutti i criteri devono sussistere contemporaneamente e per tutta la durata del progetto perché il riconoscimento avvenga. Come stabilito dal comma 11 dell'articolo 7, infatti, "nel caso in cui ritenga che un progetto strategico non soddisfi più i criteri di cui all'articolo 6, paragrafo 1, o nel caso in cui il riconoscimento fosse basato su una domanda contenente informazioni che sono errate nella misura in cui incidono sul rispetto dei

Secondo la disciplina neo introdotta, dunque, devono considerarsi strategici tutti quei progetti che sono capaci di contribuire in modo significativo alla sicurezza dell'approvvigionamento dell'Unione di materie prime strategiche[35] e sono (o hanno la possibilità di diventare) tecnicamente fattibili entro un lasso di tempo ragionevole, prevedendo un volume di produzione che può essere stimato con un livello di attendibilità sufficiente[36].

Per i progetti dell'Unione, peraltro, è richiesto che l'istituzione, il funzionamento o la produzione del progetto producano benefici transfrontalieri al di là dello Stato Membro interessato, anche per i settori a valle[37], mentre, nel caso in cui il progetto si svolga in Paese terzo caratterizzato da un mercato emergente o da una economia in via di sviluppo, è richiesto che il progetto abbia la capacità di rappresentare un reciproco vantaggio per l'Unione e per il Paese terzo interessato[38].

Ai sensi della lettera c), comma 1, dell'articolo 6, inoltre, un criterio fondamentale che deve essere considerato dalla Commissione per il riconoscimento dei progetti strategici è rappresentato dal fatto che "il progetto [possa] essere attuato in modo sostenibile, in particolare per quanto riguarda il monitoraggio, la prevenzione e la riduzione al minimo degli impatti ambientali, la prevenzione e la riduzione al minimo degli impatti socialmente negativi attraverso l'uso di pratiche socialmente responsabili, tra cui il rispetto dei diritti umani, dei popoli indigeni e dei lavoratori, in particolare in caso di reinsediamento involontario, il potenziale di creazione di posti di lavoro di qualità e l'impegno significativo con le comunità locali e le parti sociali interessate, e l'uso di pratiche commerciali trasparenti con idonee politiche di conformità volte a prevenire e ridurre al minimo i rischi di impatti negativi sul corretto funzionamento della pubblica amministrazione, tra i quali la corruzione e la concussione".

---

criteri di cui all'articolo 6, paragrafo 1, la Commissione può, tenendo conto del parere del comitato, revocare il riconoscimento di un progetto come strategico". Secondo quanto previsto dal comma 13 dell'articolo 7, peraltro, "i progetti strategici che non soddisfano più i criteri di cui all'articolo 6, paragrafo 1, unicamente a seguito di un aggiornamento dell'allegato I, possono mantenere lo status di progetto strategico per tre anni a decorrere dalla fata di tale aggiornamento."

[35] Lettera a), comma 1, art. 6.

[36] Lettera b), comma 1, art. 6.

[37] Lettera d), comma 1, art. 6.

[38] Lettera e), comma 1, art. 6.

Gli elementi e le prove cui deve attenersi la Commissione nella valutazione dei criteri per il riconoscimento di un progetto relativo alle materie prime come "progetto strategico" sono individuati dall'allegato III del regolamento.

Sotto un secondo profilo, il regolamento sottolinea come l'adozione di nuovi "progetti strategici" debba andare di pari passo tanto con l'adozione di misure volte a rafforzare la capacità dell'Unione di monitorare e attenuare i rischi di approvvigionamento (attuali e futuri), quanto con il potenziamento delle misure dedicate ad incentivare la circolarità e la sostenibilità delle materie prime critiche consumate nell'Unione[39].

4.2. *Un'occasione per rafforzare la connessione tra partecipazione e sviluppo sostenibile?*

Al fine di garantire una effettiva sostenibilità dell'aumento della produzione delle materie prime considerate strategiche o critiche, il regolamento mette in chiaro come sia imprescindibile che i nuovi "progetti strategici" siano pianificati e attuati contemplando sempre tutti gli aspetti della sostenibilità, dando opportuno rilievo anche ai profili sociali ed ambientali. Per queste ragioni, è evidente come un'analisi del regolamento in questione si innesti perfettamente all'interno di una più generale considerazione sul ruolo della pianificazione e programmazione amministrativa quale strumento imprescindibile per l'implementazione concreta della visione strategica del *Green Deal* europeo e, conseguentemente, per la realizzazione del modello di sviluppo sostenibile in esso delineato[40].

Già nel 2021 la Carta dei principi dell'UE per le materie prime sostenibili[41] aveva affermato che tutte le azioni dell'Unione devono mirare

[39] Alla sostenibilità è dedicato la Sezione 1 del Capo 5 del regolamento, articoli da 26 a 29.

[40] Tale regolamento, infatti, non solo contribuisce a concretizzare la transizione ecologica dell'Unione, ma mira anche a rafforzare l'autonomia strategica dell'Europa in un contesto di crescente concorrenza internazionale per l'accesso alle risorse garantendo la coerenza delle politiche nazionali e prevenendo frammentazioni nel mercato interno, che potrebbero compromettere l'efficacia della transizione verde. Un quadro normativo armonizzato, del resto, non solo assicura che tutti gli Stati membri adottino standard comuni di sostenibilità ambientale e sociale nella gestione delle materie prime, ma facilita anche l'integrazione delle politiche industriali e ambientali, creando un ecosistema normativo favorevole agli investimenti e all'innovazione tecnologica.

[41] Commissione europea, *Principi dell'Ue per le materie prime sostenibili*, Lussemburgo:

a favorire uno sviluppo sostenibile e che, in concreto, ciò impone: la garanzia della protezione dell'ambiente[42]; la prevenzione e la riduzione al minimo degli impatti socialmente negativi attraverso l'uso di pratiche socialmente sostenibili e il rispetto dei diritti umani; un impegno in buona fede; consultazioni estese ed eque con i portatori di interessi[43].

Poiché l'accettabilità sociale tanto dei progetti minerari, quanto dei progetti di economia circolare e recupero delle materie prime critiche è fondamentale per la loro efficace attuazione, dunque, è il regolamento stesso, nella parte dedicata ai considerando, a suggerire che il promotore

Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2021. Questo testo utilizza come base concettuale gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*Sustainable Development Goals* – SDGs), dunque, è possibile collegare direttamente i principi in esso sanciti con i principi SDGs enunciati nel documento delle Nazioni Unite *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2015, A/RES/70/1.

[42] Questa previsione, contenuta nel principio 6 della Carta, si collega all'obiettivo 6 SDG "Garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e delle strutture igienico-sanitarie", all'obiettivo 12 SDG "Garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo" e all'obiettivo 15 SDG "Proteggere, ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre, gestire sostenibilmente le foreste, contrastare la desertificazione, arrestare e far retrocedere il degrado del terreno e fermare la perdita di diversità biologica". Occorre ricordare, tuttavia, che il regolamento (nei considerando iniziali e all'articolo 10) invita l'autorità responsabile del rilascio delle autorizzazioni a livello nazionale a considerare i progetti strategici dedicati alle materie prime critiche come progetti di pubblico interesse, dati il ruolo da essi rivestito nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di materie prime strategiche dell'Unione e il loro contributo all'autonomia strategica aperta dell'Unione e alle transizioni verde e digitale. Per questa ragione, i progetti strategici che hanno un impatto negativo sull'ambiente, nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive 2000/60/CE, 92/43/CEE o 2009/147/CE o di atti legislativi dell'Unione sul ripristino degli ecosistemi terrestri, costieri e di acqua dolce, dovrebbero poter essere autorizzati laddove l'autorità responsabile del rilascio delle autorizzazioni giunga alla conclusione, sulla base di una valutazione effettuata caso per caso, che l'interesse pubblico tutelato dal progetto è superiore a tali impatti, purché tutte le condizioni pertinenti stabilite in tali atti giuridici siano soddisfatte. La valutazione caso per caso dovrebbe tenere debitamente conto della specificità geologica dei siti di estrazione, che vincola le decisioni in merito all'ubicazione a causa della mancanza di ubicazioni alternative per tali siti.

[43] Questa previsione, contenuta nel principio 1 della Carta, si collega all'obiettivo 16 SDG "Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia e costruire a tutti i livelli istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli" ed all'obiettivo 11 SDG "Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili".

del progetto, già nel momento della presentazione, provveda a fornire un piano contenente misure volte a facilitare la partecipazione delle parti sociali, della società civile e degli organismi di vigilanza. Nel corpo del regolamento, tuttavia, l'implementazione della partecipazione rimane nebulosa.

Sotto il profilo formale, l'articolo 14 fa salvi gli obblighi previsti dalla Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, sulla partecipazione del pubblico ai processi decisionali e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, stabilendo, al comma 2, che "tutte le decisioni adottate ai sensi della presente sezione (n.d.r. sezione 3 del regolamento – procedura di rilascio delle autorizzazioni) sono rese pubbliche in modo facilmente comprensibile e tutte le decisioni relative a un progetto sono disponibili nello stesso sito web". Inoltre, l'articolo 2, dedicato alle definizioni, al paragrafo 64 (l'ultimo), fa riferimento al concetto di «*governance* multipartecipativa», nell'ambito della quale si riconosce, nel processo decisionale, il ruolo non solo formale, ma anche significativo e sostanziale, svolto da vari tipi di portatori di interessi, inclusa almeno la società civile.

Quanto al nuovo "Comitato europeo per le materie prime critiche", istituito ai sensi dell'articolo 35 del regolamento, è previsto che uno dei sottogruppi permanenti del comitato abbia la specifica funzione di "discutere e scambiare opinioni sulle misure volte a sensibilizzare maggiormente il pubblico sulla catena di approvvigionamento delle materie prime critiche e condividere migliori prassi riguardo alla partecipazione del pubblico e al coinvolgimento dei portatori di interessi nei progetti relativi alle materie prime critiche, ai quali i rappresentanti delle organizzazioni della società civile devono essere regolarmente invitati in qualità di osservatori".

L'articolo 7, comma 1, lettera d), però, è vago nel descrivere il contenuto delle domande presentate dal promotore alla Commissione per ottenere il riconoscimento della strategicità di un progetto relativo alle materie prime critiche; in base a questo articolo, infatti, si stabilisce che esse debbano comprendere anche "un piano contenente misure per facilitare l'accettabilità sociale, comprese, se del caso, misure intese a facilitare il coinvolgimento significativo e la partecipazione attiva delle comunità interessate, la creazione di canali di comunicazione ricorrenti con le comunità, le organizzazioni locali, incluse le

parti sociali, e le autorità competenti e l'attuazione di campagne di sensibilizzazione e informazione e di potenziali meccanismi di attenuazione e compensazione".

Ebbene, dopo aver richiamato gli articoli del regolamento, l'analisi attenta del testo fa emergere come, sebbene la partecipazione sia considerata nell'ambito della normativa, essa sia sostanzialmente prevista in forma passiva.

La formulazione degli articoli, il cui testo spesso utilizza termini vaghi come "se del caso" o "possono includere" quando si tratta di implementare misure di partecipazione, lascia ampio margine di discrezionalità ai promotori dei progetti ed agli Stati Membri nel decidere come realizzare la partecipazione. Questo, sommato alla mancanza di requisiti chiari e vincolanti e di risorse dedicate per il coinvolgimento attivo dei potenziali *stakeholder* limita direttamente il potenziale impatto delle misure partecipative, suggerendo che queste non siano una componente fondamentale del testo normativo.

In alcuni casi, peraltro, il regolamento fa riferimento alla presenza di rappresentanti della società civile nella qualità di "osservatori" e non di partecipanti attivi nei processi decisionali. Ciò suggerisce che il coinvolgimento dei portatori d'interesse potrebbe essere limitato alla sola consultazione o alla mera informazione, senza effettive possibilità di influenzare le decisioni in modo significativo.

In altri termini, pur riconoscendo formalmente l'importanza della partecipazione attiva per lo sviluppo sostenibile, il regolamento si limita a incoraggiare alcune pratiche senza renderle obbligatorie: quindi, non sembra cogliere appieno l'opportunità di integrare i principi della Convenzione di Aarhus in maniera più strutturata e vincolante, per garantire una partecipazione pubblica più effettiva e influente. Questo approccio, in ultima analisi, indebolisce il potenziale del regolamento come strumento per promuovere lo sviluppo sostenibile in maniera partecipativa e inclusiva e lo disallinea rispetto agli obiettivi del *Green Deal* europeo nell'ambito del quale, tuttavia, vengono poste le fondamenta per l'adozione del regolamento in questione.

4.3. *La normativa nazionale*

L'articolo 15, comma 2, del regolamento europeo UE 2024/1252 dispone genericamente che lo Stato Membro, il cui territorio è interessato da un progetto strategico, adotti misure volte ad agevolarne un'attuazione tempestiva ed efficace, incluse le misure necessarie per promuovere ulteriormente la capacità dei promotori dei progetti di garantire un coinvolgimento significativo e una partecipazione attiva delle comunità interessate dal progetto strategico.

È indubbio che la complessità e l'eccessiva durata che spesso caratterizzano le procedure nazionali di rilascio delle autorizzazioni rappresentino una questione da affrontare e superare per non mettere a rischio la sicurezza degli investimenti necessari per l'efficace sviluppo di progetti relativi alle materie prime strategiche. Pertanto, l'Unione, al fine di garantire e accelerare la loro efficace attuazione, punta con decisione tanto sull'istituzione di procedure di rilascio delle autorizzazioni semplificate e prevedibili, quanto sull'attribuzione, ai progetti strategici, di uno status prioritario a livello nazionale che assicuri un "trattamento d'urgenza".

In altri termini, in base all'impostazione promossa dall'Unione, con l'adozione del regolamento UE 2024/1252, pur di garantire che la procedura di rilascio delle autorizzazioni per i progetti strategici sia prevedibile e tempestiva, l'Unione sollecita i singoli Stati Membri a sfruttare qualsiasi possibilità di semplificare le valutazioni e le autorizzazioni richieste, individuando come unico limite la necessità di assicurare un adeguato livello di protezione ambientale.

Lo strumento prescelto, dal legislatore nazionale italiano, per disciplinare la materia, è stato il decreto legge 25 giugno 2024, n. 84[44], il cui obiettivo è, appunto, garantire il raggiungimento degli obiettivi previsti dal regolamento UE 2024/1252 e superare la frammentazione normativa in materia di ricerca, coltivazione ed estrazione mineraria, ad oggi di competenza regionale[45].

[44] Decreto legge 25 giugno 2024, n. 84, recante disposizioni urgenti sulle materie prime critiche di interesse strategico. Entrato in vigore il 26 giugno 2024 e convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2024, n. 115.

[45] Il trasferimento delle competenze relative alle attività estrattive di minerali non energetici alle regioni è avvenuto con il D.P.R. 24 luglio 1977 n.616 (per le cave) e con i D.lgs. 31/3/1998 n. 112 e D.lgs. 22 giugno 2012 n. 83 (per le miniere). La normativa nazionale che regola l'attività mineraria non è tuttavia particolarmente aggiornata. Nel

Le perplessità emerse nel testo del regolamento europeo, tuttavia, sono rafforzate dal testo del d.l. 84/2024, ove non esiste alcun riferimento specifico alle modalità con cui si garantirà la partecipazione pubblica. In base a quanto previsto dall'articolo 10 del d.l. 84/2024 all'elaborazione del Programma nazionale di ricerca mineraria generale procederà l'Istituto Superiore di Protezione Ambientale (ISPRA)[46], partendo dai dati già disponibili sul Portale delle georisorse minerarie[47], e presso il Ministero delle imprese e del made in Italy verrà costituito un Comitato tecnico permanente per le materie prime critiche e strategiche che, oltre a svolgere attività di monitoraggio delle catene di approvvigionamento, avrà anche cura di predisporre un Piano Nazionale delle materie prime critiche.

La questione dello sfruttamento economico dei giacimenti minerari potrebbe sembrare non particolarmente frequentata dalla dottrina recente[48]. Tuttavia, va considerato che in Italia, ad oggi, sono ancora attive 76 miniere, e da 22 di esse si estraggano materiali rientranti nell'elenco delle materie prime critiche predisposto dall'Unione. Dunque, è evidente che servano nuove strategie per l'avvio di una nuova stagione di ricerca mineraria finalizzata alla definizione delle potenzialità minerarie nazionali da depositi primari e secondari (rifiuti estrattivi), da coltivare con criteri di sostenibilità ambientale, sociale ed economica.

È indubitabile che predisporre un Programma nazionale di ricerca mineraria e, successivamente, un Piano Nazionale Minerario, puntando su

---

settore, infatti, vigono ancora, a livello statale: il Regio Decreto 29 luglio 1927, n. 1443 (norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere) aggiornato e coordinato dal decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 213; la legge 30 luglio 1990, n. 221 (nuove norme per l'attuazione della politica mineraria); una serie di decreti ministeriali (es. il Decreto 7 agosto 2003 del Ministero delle Attività Produttive che introduce un'integrazione all'elenco delle aree indiziate per la ricerca mineraria operativa ai sensi degli articoli 5 e 6 della legge 6 ottobre 1982, n. 752).

[46] In particolare, il Dipartimento per il Servizio Geologico d'Italia.

[47] Il Portale "GeMMA – Geologico, Minerario, Museale, Ambientale V. 1.0" è un database che ha la funzione di armonizzare i dati minerari pregressi relativi a tutti i giacimenti coltivati in passato e i risultati delle varie campagne di ricerca, nazionali e locali.

[48] Rappresentano imprescindibili punti di riferimento per la ricostruzione della disciplina in materia P.G. Lignani, *Miniere*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990; G. Abbate, *Miniera*, in Enciclopedia del diritto, Vol. XXVI Mecc-Mora, 1976, 398 ss.; A. Troccoli, *Amministrazione mineraria*, in Enciclopedia del diritto, Vol. XXVI Mecc-Mora, 1976, 429 ss.; F. Francario, *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano, 1997; M. Sertorio, *Miniere e cave tra disciplina nazionale e regionale*, Milano, 2003.

un potenziamento dell'attività estrattiva, significa proteggere il mercato da rischi di shock sul comparto delle materie prime critiche indotto dai Paesi terzi che hanno maggiore disponibilità delle stesse e creare un vantaggio competitivo nei confronti della concorrenza internazionale. Tuttavia, non è condivisibile che l'interesse nazionale all'approvvigionamento giustifichi una così drastica compromissione della partecipazione pubblica. La mancata partecipazione degli *stakeholder* nei processi decisionali in questione, infatti, potrebbe portare a una serie di problematiche significative che includono, tra l'altro, una sfiducia verso le istituzioni e l'emersione di forti opposizioni sociali, con conseguente ritardo burocratico dovuto a ricorsi e contestazioni.

5. *Riflessioni conclusive*

Nell'attuale contesto giuridico, che, come si è visto, è caratterizzato da una grande attenzione alle questioni di tutela ambientale e di corretta gestione del territorio e delle risorse naturali, emergono sfide sempre più complesse che richiedono una riflessione approfondita e un ripensamento dei modelli di sviluppo tradizionali. Queste sfide riguardano la necessità di conciliare la tutela dei valori ambientali con la promozione di un'economia sostenibile, tenendo conto delle peculiarità storiche, culturali e sociali delle comunità locali[49].

Per affrontare queste sfide, la partecipazione pubblica attiva è cruciale, non solo per legittimare le decisioni pianificatorie, ma anche per garantire che queste siano orientate verso il benessere collettivo. Per promuovere uno sviluppo realmente sostenibile e resiliente è necessario che

[49] In questo senso si è espressa la giurisprudenza che, dal caso "Cortina d'Ampezzo" (Cons. St., Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710), ha in più di un'occasione sostenuto un'idea di pianificazione e gestione del territorio ispirata al modello di sviluppo sostenibile, valorizzando la connessione tra progresso economico, storia, tradizione e ubicazione. Nell'ottica della giurisprudenza, dunque, la partecipazione della comunità locale svolta, per autorappresentazione ed autodeterminazione, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio, permette alla comunità di avviare una riflessione "de futuro" sulla propria stessa essenza. Per una riflessione generale sugli spunti offerti dalla sentenza richiamata si rinvia a P. Urbani, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2012, 59 ss.

le istituzioni coinvolgano profondamente i portatori di interesse, creando le condizioni per un *empowerment* reale, che permetta loro di influenzare concretamente le decisioni che riguardano il loro territorio

Allo stesso tempo, occorre anche riconoscere che la partecipazione è un processo dinamico e contestualizzato, profondamente legato alla storia, alle tradizioni e alle aspirazioni delle comunità locali e si realizza attraverso la predisposizione di meccanismi attraverso i quali gli *stakeholder* possono confrontarsi con esperti e istituzioni, esprimere disaccordo e proporre alternative, ridefinire i processi decisionali e, in definitiva, contribuire attivamente al futuro delle loro comunità per garantire una transizione energetica giusta e sostenibile. È, quindi, fondamentale creare contesti abilitanti in cui i portatori di interessi possano esprimersi pienamente. La partecipazione, peraltro, deve rappresentare anche un'occasione per affrontare in modo costruttivo i conflitti che spesso riflettono valori contrastanti o diverse preoccupazioni sociali e ambientali. Un conflitto ben gestito, infatti, può essere un'importante opportunità per rendere più visibili le ambiguità e le tensioni implicite, spostando l'attenzione dalla ricerca di un consenso superficiale alla necessità di lavorare verso soluzioni e compromessi equi e sostenibili.

Date queste premesse, tuttavia, è necessario segnalare che l'attuazione concreta dell'articolo 6 della Convenzione di Aarhus in Italia presenta purtroppo ancora significative carenze. Secondo quanto emerge dal *Quinto aggiornamento del Rapporto Nazionale per l'attuazione della Convenzione di Aarhus*[50], infatti, sebbene la partecipazione pubblica sia formalmente prevista e disciplinata a livello legislativo, persistono rilevanti criticità che limitano l'effettiva inclusione degli *stakeholder* nei processi decisionali e che sono principalmente legate da un lato, alla capacità delle comunità locali di esercitare i loro diritti di partecipazione in maniera inclusiva ed efficace e, dall'altro, alla gestione dei conflitti che emergono durante i processi partecipativi

Sotto il primo profilo è, dunque, necessario tanto puntare sulla promozione di una cultura della partecipazione che superi le barriere sociali e culturali tradizionali, quanto l'adozione di strumenti innovativi, come

[50] Ministero della Transizione Ecologica, *Quinto aggiornamento del Rapporto Nazionale per l'attuazione della Convenzione di Aarhus in Italia*, 20 marzo 2021, 34 ss. Il sesto aggiornamento del rapporto nazionale è attualmente in fase di preparazione ma non è ancora disponibile.

piattaforme digitali e processi di democrazia deliberativa, che possano rendere la partecipazione più accessibile e significativa. La creazione di un ambiente favorevole alla partecipazione richiede, quindi, un impegno istituzionale specificamente indirizzato a sviluppare e implementare queste nuove tecnologie e metodologie.

Sotto il secondo profilo, poi, l'amministrazione fatica a trasformare i conflitti in opportunità per migliorare la qualità delle decisioni pubbliche. Le istituzioni, perciò, dovrebbero puntare sullo sviluppo di competenze e strumenti adeguati ad affrontare i conflitti, spostando l'attenzione dalla mera ricerca del consenso superficiale alla costruzione di compromessi equi e sostenibili. Questo approccio non solo favorirebbe un processo decisionale più inclusivo, ma contribuirebbe anche a una *governance* più solida e resiliente.

In sintesi, le sfide odierne richiedono un impegno politico e istituzionale concreto per superare le criticità esistenti e per promuovere una partecipazione pubblica autentica e significativa. Si ravvisa chiaramente tanto la necessità di potenziare l'attitudine culturale verso la partecipazione e la collaborazione, quanto l'urgenza di sviluppare indirizzi nazionali più chiari e incisivi in materia di partecipazione, partenariato e concertazione.

Tutto ciò, in ogni caso, tenendo sempre presente che la partecipazione pubblica non rappresenta una soluzione rapida o una panacea per le complessità della *governance* moderna. È indubitabile, peraltro, che processi partecipativi ben strutturati tendenzialmente comporteranno dei rallentamenti nei tempi di adozione delle politiche e delle decisioni amministrative, ma questi ritardi saranno ampiamente compensati dalla maggiore solidità e sostenibilità dei risultati a lungo termine.

Da segnalare, infine, che, in questo quadro complesso è intervenuta, nel giugno 2023, l'adozione della legge[51] che ha sancito l'adesione dell'Italia al Protocollo addizionale alla Carta europea dell'autonomia locale sul diritto di partecipare agli affari delle comunità locali, noto anche come Protocollo di Utrecht[52], che rappresenta un nuovo spiraglio per la

[51] Legge 8 giugno 2023, n. 77. La Carta europea delle autonomie locali, cui si è aggiunto il Protocollo di Utrecht del 2009, è stata adottata a Strasburgo diverse decadi prima, il 15 ottobre 1985, in seno al Consiglio d'Europa e negli anni è stata ratificata da tutti i Paesi aderenti a questa organizzazione. In Italia, la ratifica è avvenuta con la legge 30 dicembre 1989, n. 439.

[52] "Il Protocollo, firmato il 16 novembre 2009 ed entrato in vigore il 1° giugno 2012, rappresenta il culmine di oltre 20 anni di lavoro a livello intergovernativo in seno

partecipazione pubblica. Questo Protocollo, infatti, arricchisce la Carta, garantendo il diritto delle persone a partecipare alla gestione degli affari delle collettività locali. È essenziale che esso si traduca in prassi operative capaci di incidere sulla *governance* locale e garantire che la partecipazione dei cittadini, diventando un elemento centrale nella costruzione di una democrazia più solida e resiliente e non rimanga, invece, una mera dichiarazione di intenti.

al Consiglio d'Europa in tema di partecipazione democratica a livello locale, iniziato con la firma della Carta europea delle autonomie locali." Cit. da Camera dei deputati, Servizio Studi, XIX Legislatura, *Adesione al Protocollo addizionale alla Carta europea dell'autonomia locale sul diritto di partecipare agli affari delle collettività locali*, A. C. 916, Dossier n. 59, 7 marzo 2023. Il Protocollo è stato ratificato da 21 Stati membri del Consiglio d'Europa, di cui 13 appartenenti all'Unione Europea.

Abstract

Nell'attuale contesto giuridico, caratterizzato da una grande attenzione alle questioni di tutela ambientale e di corretta gestione del territorio e delle risorse naturali, la partecipazione pubblica attiva è cruciale non solo per legittimare le decisioni pianificatorie, ma anche per garantire che queste siano orientate verso il benessere collettivo. Il nuovo regolamento europeo UE 2024/1252, c.d. *Critical Raw Materials Act* si distingue, tra le normative di recente adozione che si inseriscono nell'ambito della disciplina sullo sviluppo sostenibile in Europa, per il suo potenziale impatto sul futuro dell'economia e, per alcuni aspetti, sulla tutela ambientale. L'analisi di questo regolamento si ricollega, dunque, in una più ampia riflessione sul ruolo della pianificazione e programmazione amministrativa come strumenti chiave per attuare concretamente la visione strategica del *Green Deal* europeo.

Public participation and sustainable development: the case of critical raw materials regulation

In the current legal framework, characterized by a strong focus on environmental protection and the proper management of land and natural resources, active public participation is crucial not only to legitimize planning decisions but also to ensure that they are directed toward the collective well-being. Among the recent regulations adopted in Europe, the new European Regulation (EU) 2024/1252, also known as the "Critical Raw Materials Act", stands out due to its potential impact on the future of the economy and, in some respects, on environmental protection. The analysis of this contributes to the broader discussion on the role of planning and administrative programming as essential tools for implementing the strategic vision of the European Green Deal.

Il principio del consolidamento nella dinamica del processo amministrativo

di Marco Francesco Errico

Sommario: 1. Principi e diritto amministrativo nell'era del *désordre normatif*. – 2. Il consolidamento nel settore delle abilitazioni professionali. – 3. Il meccanismo di consolidamento formale e sostanziale nella dinamica del processo amministrativo: una introduzione. – 3.1. Il consolidamento: applicazione concreta della effettività della tutela cautelare. – 3.2. L'accertamento processuale della stabilizzazione dei fatti sopravvenuti: inutile, sovrabbondante o necessario? – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Principi e diritto amministrativo nell'era del* désordre normatif

Nel linguaggio comune, la parola '*principio*' ha un doppio significato; esso può intendersi sia come inizio ma, anche, «concetto, che […] sta alla base di un ragionamento, di una convinzione»[1].

Anche nel complesso mondo del diritto, i principi possono intendersi nella suddetta duplice accezione terminologica; essi, al contempo, hanno ricoperto uno ruolo decisivo nella costruzione dello Stato e nel riconoscimento di diritti fondamentali dei cittadini, cioè quel nucleo essenziale, che l'ordinamento, e quindi anche la P.A., deve garantire.

I principi sono quella "cartina di tornasole", meglio, una guida essenziale per orientare la complessa attività ermeneutica degli operatori del diritto.

L'emersione di questa fondamentale funzione è ancor più tangibile ove si consideri che l'attuale sistema giuridico è, notoriamente, contraddistinto da un notevole *désordre normatif,* in cui il legislatore o interviene continuamente[2], modificando profondamente la vigente normativa, o al contrario sceglie, scientemente, di non regolare interi campi[3] che, di conseguenza, rimangono "inesplorati".

[1] Principio in Vocabolario *on line*, *https://www.treccani.it/vocabolario/principio/*.

[2] Uno degli esempi maggiormente espressivi di quanto detto è il settore degli appalti pubblici, in cui il legislatore, nonostante il recente codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 50 del 2016, ha emanato un nuovo codice nel 2023 (d.lgs. n. 36/2023), pur in assenza di nuove direttive europee cui adeguarsi.

[3] Si pensi ad esempio, alla rigenerazione urbana, la quale non è, nonostante la sua assoluta centralità nel dibattito scientifico, definita dal legislatore statale.

Se, quindi, le regole sostanziali sono incomplete o, altre volte, sono soggette ad un inaspettato mutamento, gli interpreti e, ancor di più, il Giudice si trovano a dover fronteggiare una situazione caratterizzata da una c.d. schizofrenia legislativa.

È chiaro che se, da un lato, il dato normativo è quasi sempre confuso o, comunque, non è d'aiuto per gli operatori, dall'altro, è emersa (e a dire il vero, continua nel tempo) una forte necessità di ricorrere ai principi generali del diritto.

È stato osservato – da un punto di vista generale – che i principi non hanno l'unica funzione di guidare l'attività ermeneutica ma assolvono, soprattutto, ad una funzione integratrice dei "vuoti" normativi[4].

Le molteplici finalità possono riassumersi, infine, in un ulteriore scopo, certamente più concreto per i consociati, ovvero quello di essere presidio di garanzia per la tutela dei loro diritti.

Entrando più approfonditamente nella questione, deve rilevarsi che il tema ha sempre interessato la dottrina, la quale però non è mai giunta a formulare una definizione «stipulativa universalmente accreditata dei princìpi»[5], pur tenendoli ben distinti dalle norme[6].

---

[4] Con riferimento alla funzione svolta dai principi, in dottrina è stato osservato che «L'art. 12 disp. prel. espressamente consente al giudice, ed ovviamente in via subordinata all'interprete, di fare ricorso ai princìpi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato quando una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione e il caso resta dubbio anche avendo riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe», S. Bartole, *Principi generali del diritto (dir.cost)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494. È stato, altresì, affermato che «[…] i principi giuridici assumono un ruolo particolarmente importante. Essi, infatti, possono ricondurre ad una maggiore omogeneità o uniformità le normative frammentate, sia in sede di interpretazione e applicazione della legge vivente, sia in sede di costruzione di norme nuove», M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 32.

[5] Così, G. Alpa, *I principi generali*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2006, 9.

[6] G. Alpa, v. *Principi di diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, XIV, Torino, 1998, 342, in particolare si v. §2 (I principi non sono norme?), in cui l'Autore afferma che «La distinzione tra norme e princìpi […] può essere intesa in non meno di due modi diversi. 1) In primo luogo, tale distinzione può essere intesa in senso forte (come una opposizione): i princìpi non sono norme, essi sono altro da norme. […] 2) In secondo luogo, la distinzione tra norme e princìpi può essere intesa in senso debole: i princìpi non sono altra cosa dalle norme, ma solo una specie particolare del genere delle norme». Sulla distinzione tra regole e principi, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite, Legge diritti giustizia*, Torino, 2024, 128, osserva che «Innanzitutto, solo i principi svolgono un ruolo

L'assenza di una definizione univoca, pur prospettando dei risvolti problematici, connota il sistema di un'apprezzabile "fluidità", la quale consente una maggiore adattabilità alla realtà fenomenica che l'operatore del diritto si trova ad affrontare.

Da un punto di vista ancor più generale, deve rilevarsi che l'attuale sistema normativo se, da un lato, si caratterizza per una legislazione disorganica e, alcune volte, sovrabbondante, dall'altro necessita di una profonda attività interpretativa, proprio alla luce dei principi operanti in quel settore specifico.

Come, però, osservato da attenta dottrina, negli ultimi decenni, «si assiste talvolta ad una distorsione o ad un'espansione eccessiva, inappropriata del lemma "principio", fino ad ergere al suo rango persino norme di comune portata, come se si trattasse di strumenti interpretativi a carattere generale, finendo col distorcere la natura e, col tempo, anche la loro efficacia»[7].

Negli ultimi anni, quindi, si è consolidato un paradosso, dacché il sistema si è "riempito" di una serie di norme alle quali è stata affidata, forse immeritatamente, la funzione di essere principi. Così, non solo, il campo della legislazione ma anche quello dei principi è divenuto sovrabbondante, facendo perdere, di conseguenza, al *principium* la sua essenza fondamentale, ovvero quella di essere *la potissima pars*[8] di un sistema normativo.

---

propriamente costituzionale, cioè «costitutivo» dell'ordine giuridico. Le regole, ancorché scritte nella costituzione, non sono altro che leggi rinforzate dalla loro portata, non hanno cioè alcuna forza costitutiva di qualcosa al di fuori di loro. […] In breve, alle regole si «ubbidisce», e perciò è importante stabilire con precisione i precetti che il legislatore enuncia per mezzo delle formulazioni che le contengono; ai principî invece «si aderisce» e perciò è importante comprendere il mondo di valori, le grandi opzioni di civiltà giuridica di cui sono parti, alle quali le parole non fanno che una semplice allusione. […] Le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principî non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per *prendere posizione* di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengono a determinarsi concretamente».

[7] M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. Calabrò, G. Clemente di San Luca, A. Contieri, A. De Siano, P. Forte, M. Interlandi, F. Liguori, S. Perongini, A. Rallo, R. Spagnuolo Vigorita, M.R. Spasiano, M. Tiberii, *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 14.

[8] Il riferimento è a Gaio, *Digesto*, 1,2,1 e alla nota espressione «*cuisque res potissima pars principium est*».

Viene, quindi, naturale chiedersi se non sia necessario ripensare alla tecnica di individuazione dei principi, ovvero se non sia opportuno procedere ad una, indispensabile, razionalizzazione del sistema, in modo da semplificare l'ormai complesso mondo dei principi.

Le riflessioni che seguono vogliono anche stimolare l'attenzione su un altro interrogativo inerente alla teoria generale del diritto: siamo ancora un sistema di *civil law*, oppure è in corso una progressiva trasformazione in un ordinamento di *common law*[9]?

Si è detto che i principi hanno, da sempre, svolto un ruolo fondamentale nell'interpretazione della legge e che, al contempo, essi rappresentano una garanzia per i consociati.

Nel diritto amministrativo[10], però, oltre a possedere queste funzioni, i principi sono stati, e lo sono tuttora, essenziali per la creazione di un sistema che «più di altri è soggetto alla moltiplicazione, alla frantumazione, e alla contraddittorietà delle regole»[11].

Del resto, il diritto amministrativo nasce, e rimane, come un sistema non codificato, in cui, come se non bastasse, è assente una disciplina della parte generale della materia[12].

Questo "peccato originale" ha fatto emergere un sistema normativo "volubile", peraltro, "sotto scacco" dei Governi, i quali, sempre più di

[9] Ad esempio, l'art. 360 *bis* c.p.c. statuisce che il ricorso per Cassazione è inammissibile quando «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa». In dottrina, sul punto, si v. V. Capasso, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2019, 627; A. Martinuzzi, *Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del precedente giudiziario in àmbito processuale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 2016, 1345.

[10] Sia consentito il richiamo al Maestro G.D. Romagnosi, *Principj Fondamentali di Diritto Amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1814.

[11] M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 68.

[12] V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 10 ritiene che «In diritto amministrativo, mancando una disciplina legislativa di parte generale (salve alcune disposizioni, particolarmente nella L.proc.amm.) l'importanza dei principi generali nell'applicazione del diritto, come s'è avvertito, è decisamente prevalente». Si v.,in tempi più risalenti, G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo, Vol. I, Principî generali*, Milano, 1958, nella parte in cui analizza la nozione del diritto amministrativo, 23.

frequente, intervengono, modificando norme che, il più delle volte, non necessiterebbero di alcuna novella.

Il disordine normativo di cui si è parlato in precedenza è, quindi, ancor più intenso nel diritto amministrativo[13], il quale, però, è nato «per disciplinare i compiti, l'azione e l'organizzazione della pubblica Amministrazione, essenzialmente individuata nel cd "Stato-apparato"»[14].

Quest'ultima affermazione costituisce l'essenza del diritto amministrativo, cioè quella ineluttabile funzione di compendiare al suo interno, da un lato, l'esigenza di garantire la "tenuta" del comparto Pubblica Amministrazione, cioè dello Stato – apparato, dall'altro, quella di assicurare la tutela degli interessi degli amministrati.

Considerata l'inefficienza della legislazione e soprattutto la complessità della materia, si è avvertita l'esigenza di prevedere dei principi generali, cioè un «essenziale collante della legislazione di settore e un faro indispensabile per un logico e coerente orientamento tra le diverse disposizioni»[15].

Il vero problema, però, si rinviene nel fatto che nel diritto amministrativo, la normativa, per quanto detto, è quasi sempre confusa o carente e, in alcuni casi, è incapace di dettare principi. A tal punto, se la legislazione non è sempre capace di enunciare principi, questo, arduo, compito spetta agli operatori del diritto e, in particolare, al Giudice.

A dire il vero, quanto detto rappresenta la "storia" del diritto amministrativo, laddove, l'apporto fornito dagli studiosi e dai Giudici ha consentito l'affermazione di principi generali seppur «nel silenzio delle leggi»[16].

---

[13] Sul tema, si è osservato che «La scienza del diritto amministrativo è un ramo della «giurisprudenza», che ha il compito di elaborare dommaticamente e di ridurre a sistema i concetti, i principii, le norme, gli istituti di diritto positivo attinente, nel caso sopra accennato, alla pubblica amministrazione: elaborazione e sistemazione, che debbono servire per l'applicazione pratica delle norme giuridiche vigenti ai casi concreti per cui esse hanno efficacia. Per noi, dunque, la scienza del diritto amministrativo è la scienza del diritto amministrativo italiano», così S. Romano, *Corso di diritto amministrativo, Principi Generali*, Padova, 1932, 15.

[14] M.A. Sandulli, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 2.

[15] *Ivi*, 8.

[16] Il riferimento è a V. Cerulli Irelli, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2021, in cui l'A. afferma che «Una volta avviata la giurisdizione del Consiglio di Stato nelle controversie con le pubbliche amministrazioni a tutela di interessi legittimi (gli "interessi" di cui alla legge del 1889), progressivamente estesa a tutte quelle concernenti

Questo approccio rinviene delle ragioni storiche; come osservato dagli studiosi della materia, il diritto amministrativo è nato come diritto pretorio, basti pensare all'influenza della giurisprudenza della Quarta sezione del Consiglio di Stato nella creazione dei principi in tema di azione amministrativa o del sindacato del Giudice sull'eccesso di potere[17].

Questa prospettiva ha posto le basi per consolidare l'importanza dell'attività giudiziaria "creativa" nella predisposizione di regole di principio, in un sistema, per quanto detto, sfornito anche di norme generali, in cui il legislatore si è orientato su una produzione di norme di dettaglio, lasciando, di fatto, il compito di elaborare i principi generali alla dottrina e alla giurisprudenza[18].

A parere di chi scrive, il punto di maggior interesse del tema risiede nell'analisi dei c.d. principi inespressi, cioè quelli privi di una copertura

---

l'esercizio del potere, inizia l'opera costruttiva dei principi generali del diritto amministrativo italiano, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese aveva avviato anni prima. Il sistema del diritto amministrativo si costituisce gradualmente attraverso questa giurisprudenza, che nel silenzio delle leggi (limitate in genere alla determinazione degli ambiti di competenza dei diversi organi e talvolta all'individuazione degli interessi perseguiti) elabora un insieme di principi da applicare nel sindacato sugli atti presunti lesivi di "interessi" protetti. E la dottrina, sul finire dell'800 e nei primi del nuovo secolo, produce fondamentali opere sistematiche e costruisce la parte generale del diritto amministrativo (cioè un sistema di principi validi per ogni manifestazione dell'azione amministrativa), 36-37.

[17] La dottrina ha, più volte, chiarito che «Invero, sia negli ordinamenti di *common law*, sia in quelli di *civil law*, i princìpi di corretto svolgimento dell'azione amministrativa sono stati individuati a partire dall'opera di elaborazione della giurisprudenza e di sistematizzazione della dottrina […] In Italia, a partire dall'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato, la giurisprudenza amministrativa ha delineato i princìpi dell'azione amministrativa, da un lato, mediante l'attività interpretativa ed integrativa delle lacune legislative per determinare i presupposti e le conseguenze delle disposizioni di legge esistenti, dall'altro, attraverso l'individuazione di princìpi generali dell'azione amministrativa, principalmente nell'ambito del sindacato dell'eccesso di potere.», così L. Lorenzoni, *I princìpi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 38.

[18] *Ivi*, 38. Peraltro, l'A. richiama G. Guarino, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 4, 1970, 456, laddove afferma che «vi sono moltissime norme legislative e regolamenti relative ai più vari e specifici istituti, ma i principi e le regole generali (…) non traggono origine da alcuna legge od altra norma edittale (anche se alcuni di essi sono stati in seguito recepiti dalla Costituzione), ma si sono formati attraverso una lunga, ed ormai, più che secolare, elaborazione giurisprudenziale e dottrinaria».

legislativa ma che sono il risultato della "creatività dei giudici", cioè quei principi che la dottrina francese definisce come *principes sans texte*[19].

A questo punto, viene naturale interrogarsi non soltanto sul ruolo svolto[20] dai principi nella predisposizione di un impianto normativo coerente, bensì sulla loro capacità di fornire una tutela concreta e, per quel che si dirà, effettiva ai cittadini.

Sinteticamente, occorre chiedersi in che modo i principi interagiscono con la sfera giuridica soggettiva dei privati.

Per tentare di rispondere a tale quesito, a dir il vero estremamente complesso, è necessario assumere quale punto di partenza il fatto che nel nostro ordinamento l'attività interpretativa giudiziaria non costituisce una fonte del diritto[21].

---

[19] M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, *op.cit.*, 33.

[20] Conclusivamente, sul punto M. R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, *op.cit.*, 15, rileva che «[…] il ricorso ai principi assolve talvolta ad una duplice, rilevante funzione: da un lato, quella di completamento dell'ordinamento giuridico: una valvola di sfogo alla quale ricorrere in caso di incertezza, una luce che indichi la traccia da seguire laddove il testo legislativo lasci l'interprete o l'operatore nell'incertezza delle determinazioni da assumere. Dall'altro, la presenza di principi costituisce garanzia di interessi che altrimenti non troverebbero (adeguata) disciplina: la norma ordinaria, infatti, non è più in grado di ordinare la complessità dei contesti di riferimento (sociali, scientifici, economici, tecnologici, e così via) e degli interessi che in essi si muovono. Un principio allora può sopperire alla mancanza di disciplina offrendo una bussola di riferimento per una decisione che sia coerente con il sistema».

[21] Il tema è risalente nel tempo. Ad esempio, G. Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1932, Città di Castello, 238, sostiene che «Un'altra fonte del diritto si vorrebbe da alcuni ravvisare nella scienza del diritto, ossia nell'opera dei giuristi (tecnici del diritto). Secondo la scuola storica in ispecie, la scienza sarebbe precisamente una fonte intermedia tra la consuetudine e la legge; poiché la produzione del diritto avverrebbe, come già dicemmo, in tre fasi: anzitutto in forma consuetudinaria (prima fase), di poi per elaborazione tecnica, cioè l'opera di una sopravvenuta classe di tecnici (giuristi), che attenderebbero a svolgere e perfezionare il diritto consuetudinario, aggiungendo così al diritto popolare il diritto scientifico (seconda fase); da ultimo per opera della legge (terza fase). Ma, se questa dottrina può fino ad un certo punto accettarsi, in quanto indica in generale il succedersi dei fattori che elaborano il diritto positivo, essa non è peraltro accettabile in quanto presenta l'opera dei giuristi come una fonte autonoma del diritto stesso. […] Analogamente, l'opera dei giuristi ha pure una parte notevole nella formazione della legge: in quanto la prepara dottrinalmente, ne raccoglie ed elabora gli elementi, e di poi, nell'applicazione ne trae tutti gli sviluppi, integrandola ed estendendone anche l'apparente significato. Ma i giuristi non hanno per sé l'autorità legislativa; essi partecipano a questa come all'altra maniera di produzione del diritto, ma non sono per se stessi una fonte,

Pertanto, la dottrina si è posta il problema relativo alle modalità con le quali i principi entrano a far parte del sistema giuridico individuando due schemi.

Nel primo, la giurisprudenza enuncia i principi generali "estraendoli" da norme specifiche, per poi applicarli anche in ipotesi non normate; nel secondo l'attività giudiziaria attribuisce, direttamente, un contenuto «a formule legislative estremamente sintetiche o addirittura ermetiche»[22].

È evidente che in entrambi i casi appena prospettati, l'attività del Giudice si fonda, comunque, sull'interpretazione di una norma, o anche di un principio, già esistente; invero, la differenza sostanziale risiede nell'approccio, giacché, nel primo caso, vi è un doppio passaggio (estrazione dalla regola esistente e applicazione ad altre ipotesi), mentre nella seconda il precetto viene già interpretato in senso ampio, in modo da attuarlo direttamente in altre ipotesi.

L'utilizzo di principi, certamente *sans texte*, applicati ad altri settori è uno strumento noto al diritto amministrativo, basti pensare al principio di precauzione, nato nell'ambito del diritto ambientale e poi utilizzato nel periodo pandemico da Covid 19, nell'ambito del diritto alla salute, o al principio del risultato, addirittura, codificato nel nuovo codice degli appalti.

Le esperienze sopradette testimoniano, in definitiva, la centralità dei principi nel diritto amministrativo, i quali – ancora una volta – non sono solo capaci di supplire alle lacune normative ma hanno il merito di contribuire a regolamentare la stessa materia.

Del resto, anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in tempi risalenti, ha definitivamente preso coscienza che «il diritto amministrativo risulta appunto non soltanto da norme, ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto ad unità e dignità di sistema»[23].

---

nemmeno suppletiva o mediata, come fu sostenuto da alcuni. L'attività scientifica diviene norma vigente solo quando assuma forma di legge ovvero consuetudine».

[22] Sul punto si v., G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 66.

[23] Così, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3, 28 gennaio 1961, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

2. *Il consolidamento nel settore delle abilitazioni professionali*

Sino ad ora si è analizzato il ruolo che svolgono i principi all'interno dell'ordinamento giuridico e, successivamente, la loro centralità nell'ambito del diritto amministrativo, campo in cui è necessario bilanciare, non solo, gli interessi degli amministrati ma anche quelli dello Stato – apparato.

Si è anche visto che la giurisprudenza anticipa il Legislatore, nella previsione di regole che effettivamente siano in grado di garantire i diritti e gli interessi dei cittadini, anche attraverso la creazione di principi che non sempre hanno un riferimento normativo espresso.

Sovente accade, altresì, che un principio seppur finalizzato ad operare in un determinato settore, grazie all'interpretazione giurisprudenziale, fuoriesca dal suo campo di elezione e trovi applicazione in altri comparti.

Un esempio di quanto appena descritto è il meccanismo del c.d. consolidamento (anche detto assorbimento) utilizzato dalla giustizia amministrativa, sia da parte dei Tribunali amministrativi regionali che dal Consiglio di Stato.

In materia di abilitazione professionale, l'art. 4, comma 2 *bis*[24], d.l. 30 giugno 2005, n. 115 disciplina la c.d. logica del consolidamento prevedendo il conseguimento dell'abilitazione[25], o del titolo, per i candidati che abbiano superato le prove concorsuali (scritte o orali), quand'anche l'ammissione alla prova o la ripetizione della valutazione, sia avvenuta a seguito di un provvedimento giurisdizionale o di autotutela.

La norma pone una regola ben definita, cioè quella del conseguimento dell'abilitazione, per il tramite del consolidamento della sua posizione, a fronte dell'ammissione alla prova a seguito di un provvedimento giurisdizionale o amministrativo.

Quanto detto a fini classificatori può qui definirsi come meccanismo

---

[24] Testualmente, la norma statuisce che «conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o alla ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela».

[25] Sul tema generale delle abilitazioni professionali, sia consentito il richiamo a M.R. Spasiano, M. Calabrò, *L'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 607.

del consolidamento (o assorbimento) formale, poiché previsto espressamente dall'art. 4, comma 2 *bis*, d.l. 115/2005.

Volendo semplificare il concetto, accade che il soggetto partecipante ad una procedura (finalizzata all'ottenimento di un'abilitazione professionale o di un'idoneità a svolgere una determinata professione) venga dapprima escluso o ritenuto non idoneo e successivamente venga riammesso, in seguito ad un provvedimento giurisdizionale, qualora il partecipante abbia proposto ricorso giurisdizionale, o amministrativo, nella specie di autotutela.

Ebbene, il superamento delle prove, a seguito della riammissione nella procedura o della nuova valutazione delle prove sostenute, determina il consolidamento di una situazione di fatto, dalla quale discende, nonostante l'originaria esclusione, l'ottenimento del titolo anelato dal privato.

Dal punto di vista applicativo, come anche affermato dalla Corte Costituzionale[26], il fulcro centrale della disciplina è costituito dall'accertamento dell'idoneità dell'aspirante all'abilitazione, successivo alla rivalutazione o ripetizione delle prove; invero, è questo «nuovo accertamento, e non il provvedimento del giudice, a produrre l'effetto di conseguimento dell'abilitazione, che la disposizione rende irreversibile».

In altri termini, l'Amministrazione è chiamata a svolgere un nuovo accertamento che si sostanzia nella ripetizione delle prove d'esame o nella rivalutazione delle stesse, dal quale consegue, poi, l'abilitazione.

Tale interpretazione è certamente coerente con la funzione che la Corte Costituzionale ha attribuito all'art. 4, comma 2 *bis*, ovvero quella di evitare che il superamento delle prove d'esame, a seguito di un provvedimento (cioè quello giurisdizionale o amministrativo) diventi inutile a causa delle vicende processuali.

Da una lettura complessiva della norma emerge la volontà del Legislatore – nell'esercizio del proprio potere, discrezionale, riguardante il bilanciamento degli interessi[27] – di ritenere prevalente l'interesse del con-

[26] Corte Costituzionale, sent. n. 15, dec. 1 aprile 2009 e dep. 9 aprile 2009, in *www.cortecostituzionale.it*.

[27] Sul tema, senza pretesa di esaustività, si v. R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 63; V. A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

corrente, prima escluso e poi riammesso, che però abbia, poi, superato le prove.

Per quanto attiene ai presupposti della norma, la giurisprudenza amministrativa ha più volte rimarcato che la disciplina dell'art. 4, comma 2 *bis*, trovi applicazione nei procedimenti finalizzati alla verifica dell'idoneità dei partecipanti allo svolgimento di una professione e non, anche, nei concorsi aventi ad oggetto il conferimento di posti limitati[28].

L'art. 4 comma 2 *bis* assume, secondo questa prospettiva, le fattezze di una norma eccezionale e, pertanto, di stretta interpretazione[29], la quale non può estendersi ai pubblici concorsi, considerata la presenza, in questi ultimi, di controinteressati e la «naturale limitatezza dei posti messi a concorso»[30], nonché la relatività del giudizio che contraddistingue le procedure concorsuali[31].

Chiariti i presupposti applicativi della norma, pare opportuno concentrarsi sugli aspetti problematici.

La giurisprudenza amministrativa qualifica, talvolta, il consolidamento in termini di "sanatoria legale" finalizzata a «stabilizzare i risultati di una procedura di tipo "idoneativo"»[32], quindi, un eccezionale meccanismo recuperatorio- sanatorio[33].

Al contrario, la Corte Costituzionale ha evidenziato che non può trattarsi di una sanatoria, poiché la norma, «dispone per il futuro, disci-

[28] Sul punto, tra le più recenti, si v. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 5 gennaio 2023, n. 118; *id*, 10 giugno 2022, n. 3924; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 17 marzo 2021, n. 130, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[29] Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2011, n. 4100, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha affermato che «Le leggi eccezionali, ovvero quelle che recano deroga ad altre disposizioni di legge, non possono trovare applicazione oltre i casi e i tempi ivi espressamente contemplati (art. 14, disp. prel. c.c.). Pertanto, alla luce del carattere di *jus singulare* delle disposizioni di cui all'art. 4 comma 2 *bis*, d.l. 115 del 2005 […] ne consegue la non estensibilità delle presse anche alla diversa ipotesi delle procedure finalizzate all'acquisizione dello status dirigenziale nell'ambito delle Amministrazioni Pubbliche».

[30] Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 17 gennaio 2019, n. 44, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si v., altresì, Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2020, n. 297, *ivi*, il quale ha aggiunto che la norma è prevista per gli esami a libere professioni «nei quali non si determina l'attribuzione di una posizione di vantaggio a favore del beneficiario della misura cautelare necessariamente a detrimento di altri candidati controinteressati».

[31] TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 marzo 2021, n. 2533, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[32] Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2011, n. 4100, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[33] Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2018, n. 1722, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

plinando in via generale gli effetti di adempimenti amministrativi, e non intende sanare vizi o irregolarità già verificatisi».

Nella prospettazione della Consulta, gli effetti del consolidamento sono consequenziali non al provvedimento giurisdizionale o amministrativo che riammette il soggetto, bensì al nuovo accertamento compiuto dalla commissione.

L'impostazione della Corte Costituzionale sembrerebbe essere maggiormente coerente con il sistema generale del diritto amministrativo, dacché la sanatoria[34], evocando il potere di autotutela della Pubblica Amministrazione, postula la sussistenza di un vizio o di una irregolarità procedimentale, che nel caso di specie non è detto che ci sia.

In effetti, sin da una prima lettura della norma, emerge che il consolidamento è un istituto che si "ispira" alla tutela del legittimo affidamento[35] o che, quantomeno, si correla all'esigenza di garantire la certezza del diritto.

Tuttavia, la dottrina ha ritenuto "difficile" sostenere la sussistenza

---

[34] G. Santaniello, *Sanatoria (dir.amm.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1989, 243, sostiene che «La sanatoria è, insieme con la convalida e la ratifica, uno dei tre tipici mezzi di convalescenza dell'atto viziato. Essa trova applicazione – ed in ciò consiste la nota fondamentale che la differenzia sia dalla convalida che dalla ratifica – nel caso di invalidità per difetto di uno degli atti preparatori nel procedimento per l'emanazione del provvedimento, ritendendosi che il vizio possa essere sanato mediante l'intervento tardivo dell'atto preparatorio che mancava, o quanto meno di un atto avente diversa natura giuridica, ma esplicante un'analoga azione giuridica, e pertanto avente l'effetto di assicurare che, dalla non osservanza dell'ordine procedurale stabilito dalla legge, non siano derivate, nei riguardi del procedimento in questione, delle conseguenze pregiudizievoli. Inoltre, la sanatoria, a differenza degli altri rimedi di convalescenza non richiede l'emissione di un provvedimento nuovo e autonomo, ma può attuarsi per il semplice fatto dell'intervento successivo del presupposto o dell'atto preparatorio mancante». Sempre sullo stesso tema, P. Virga, *Diritto Amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. 2, Milano, 1999, 144 afferma che «La sanatoria opera la convalescenza di quegli atti che siano invalidi per la mancanza di un presupposto di legittimità ovvero per il mancato compimento di un atto del procedimento. Quindi la sanatoria, a differenza degli altri atti di convalescenza, non richiede necessariamente l'emanazione di un provvedimento nuovo o autonomo, ma può verificarsi per il fatto che, successivamente alla emanazione dell'atto invalido, sia intervenuto il presupposto mancante ovvero sia stato compiuto postumamente un atto omesso del procedimento».

[35] Tra le più recenti, in questi termini si v. Cons Stato, sez. VI, 1 aprile 2019, n. 2155; TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 marzo 2019, n. 2761 entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

del legittimo affidamento in capo al soggetto che abbia «presentato ricorso avverso la valutazione negativa delle sue prove di esame ed abbia conseguito una vittoria in primo grado […], o anche semplicemente un provvedimento cautelare positivo a seguito del quale è stato possibile operare una nuova correzione delle sue prove scritte»[36].

A dire il vero, occorre – come affermato dalla Corte Costituzionale – focalizzare l'attenzione sul nuovo accertamento compiuto dalla commissione e non, invece, sul provvedimento giurisdizionale o amministrativo che ordina la rivalutazione o la riammissione, il quale, a questo punto, assume le fattezze di un *prius* logico, cioè di un mero antefatto.

Si vuol, quindi, affermare che il provvedimento con cui il Giudice o l'Amministrazione ordina alla commissione di compiere l'accertamento, dal quale poi consegue il consolidamento dell'abilitazione, è una condizione, meglio l'attribuzione di un potere per riesercitare nuovamente l'azione amministrativa e, quindi, attivare un nuovo procedimento.

Si è detto in precedenza, che la giurisprudenza ha ritenuto applicabile il consolidamento alle ipotesi previste dalla norma, ovvero alle abilitazioni professionali e ai procedimenti idoneativi, pertanto, escludendo i concorsi pubblici o quelli in cui vi è un conferimento di posti a numero limitato.

In realtà, la giurisprudenza amministrativa, in particolare del Consiglio di Stato, ha adottato un'interpretazione estensiva della norma, riconoscendo l'applicabilità del principio di consolidamento.

Dall'attività interpretativa della giurisprudenza è conseguito un

---

Sul punto, peraltro, la Corte Costituzionale, nella già menzionata sentenza n. 108/2009, ha chiarito che «Dall'altro, vi sono l'interesse a evitare che gli esami si svolgano inutilmente, quello a evitare che la lentezza dei processi ne renda incerto l'esito e, soprattutto, l'affidamento del privato, il quale abbia superato le prove di esame e – in ipotesi – avviato in buona fede la relativa attività professionale. Dal punto di vista dell'interesse generale, vi è anche un'esigenza di certezza, sia in ordine ai tempi di conclusione dell'accertamento dell'idoneità dei candidati, sia in ordine ai rapporti instaurati dal candidato nello svolgimento dell'attività professionale».

[36] D.U.Galetta, *Abilitazione all'esercizio della professione forense: la norma che rende improcedibile l'appello (a seguito di nuova correzione degli scritti e superamento della prova orale) supera il vaglio di ragionevolezza della Corte costituzionale. Ma siamo sicuri che essa sia anche "proporzionale"?*,in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 37.

principe sans texte, sfornito di una copertura legislativa e che potrebbe definirsi come principio del consolidamento sostanziale.

In sostanza, quest'ultimo è stato elevato a rango di principio generale estensibile ad altre ipotesi rispetto a quelle normativamente previste[37].

La logica e la *ratio* del principio sono analoghe a quelle previste dall'art. 4, comma 2 *bis* del d.l. 115/2005 e la regola del consolidamento sostanziale è stata applicata con riferimento all'ammissione alle scuole di specializzazione mediche[38], alla facoltà di medicina[39], ai corsi T.F.A.[40], alle graduatorie scolastiche[41] e finanche agli esami di maturità[42].

Ebbene, il Consiglio di Stato, nelle ipotesi passate in rassegna, ha valorizzato il dato fattuale (l'aver sostenuto e superato degli esami di profitto o aver frequentato un corso di specializzazione) per «considerare acquisita [la posizione] in virtù di un principio di rispetto del dato sostanziale concernente la vita ed i beni dei cittadini»[43].

Il dato fattuale assume, così, un valore centrale nel consolidamento di una situazione, seppur sulla base di un provvedimento cautelare, che rappresenta, al contempo, un «raccordo dimostrativo del dato formale»[44].

Nell'impostazione giurisprudenziale, la frequenza e il superamento, con profitto, degli esami assume il valore di un fattore assorbente per il

---

[37] È stato osservato da G. Sigismondi, *La tutela cautelare con effetti irreversibili*, in P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Amministrare e Giudicare, Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022, che il percorso di affermazione della logica del consolidamento non è stato univoco, poiché vi sono pronunce che non "approfondiscono la decisione, limitandosi a richiamare il principio di diritto", altre in cui "la disposizione è applicata orzandone in modo evidente il senso letterale" e, infine, sentenze in cui "non ritengono applicabile la disposizione specifica, ma giustificano il risultato sul presupposto del principio di tutela dell'affidamento del quale l'art. 4 co. 2-bis d.l. n. 115/2005 con. In l. n. 168/2005 sarebbe l'espressione", 185.

[38] Cons. Stato, sez. VII, n. 3499, 4 aprile 2023, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[39] Cons. Stato, sez. VII, n. 6771, 11 luglio 2023; id, 3232, 29 marzo 2023; id, 6855, 13 luglio 2023, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[40] Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 860, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[41] Cons. Stato, sez. VII, 29 novembre 2023, n. 10312, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[42] T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 2 febbraio 2023, n. 62, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[43] Cons. Stato, sez. VII, n. 10312, n. 29 novembre 2023, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[44] Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2298, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

conseguimento del suo *status* di studente[45], a cui, peraltro, il test di ingresso è finalizzato[46].

La situazione fattuale determina "l'avvio in buona fede"[47] del percorso accademico dal quale, comunque, scaturisce l'affidamento del ricorrente al conseguimento del titolo.

Nei casi appena descritti, quindi, viene consolidata la posizione del soggetto che – pur non avendo superato positivamente il test d'ingres-

[45] Sul punto, T.A.R. Abruzzo, L'aquila, sez. I, 26 luglio 2012, n. 521, in *www.giustizia-amministrativa.it*, afferma che «[…] ai sensi del citato art. 4 comma 2 *bis* del d.l. 115/2005, è la legge stessa a consentire in capo al ricorrente lo stabile conseguimento del titolo per il quale concorre, a seguito del superamento delle relative prove, anche allorché tale traguardo scaturisca in virtù –come nella specie- di provvedimenti giurisdizionali cautelari che hanno determinato il superamento dell'originaria preclusione partecipativa.

E il titolo in questione per le ricorrenti era proprio quello lo status di matricola e di studente, titolo in concreto raggiunto mediante il proficuo superamento degli esami del primo anno di corso». Negli stessi termini, Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014 n. 2298, afferma che «[…]l'appellato, con il superamento degli esami del primo anno, ha dimostrato di essere in grado di frequentare il corso per l'ammissione al quale aveva sostenuto il concorso, consolidando, come detto, l'effettività del titolo alla cui acquisizione erano volte le prove oggetto di controversia».

[46] La giurisprudenza ha, altresì, affrontato il tema del rapporto tra la programmazione del numero degli studenti (c.d. numero chiuso) e consolidamento della posizione dello studente. Sul punto, cfr. tra le tante, Cons. Stato, sez. VII, 29 marzo 2023, n. 3232, in *www.giustizia-amministrativa.it,* in cui si legge che «La previsione normativa di prove selettive per l'ammissione al corso di laurea in medicina e chirurgia e/o odontoiatria e protesi dentaria, di cui alla legge 2 agosto 1999 n. 264, risponde ad una duplice finalità: da un lato, quella di consentire agli Atenei, sotto il profilo organizzativo, la possibilità di garantire un'offerta formativa compatibile con le proprie risorse strumentali e umane, dall'altro, quella di assicurare l'accesso al predetto corso ai soggetti in possesso delle cognizioni tecniche e delle capacità attitudinali necessarie per la proficua frequenza di corsi universitari di così elevato livello formativo. Orbene, deve ritenersi che, nel caso di specie, le predette finalità siano state entrambe utilmente perseguite e soddisfatte».

[47] Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2019, n. 2155, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

La pronuncia, inoltre, aggiunge che «il giudice amministrativo – anche in sede di cognizione – nell'esercizio dei propri poteri conformativi può determinare quale sia la regola più giusta, che regoli il caso concreto, tenendo conto della normativa applicabile nella materia in questione e dell'esigenza che non si producano conseguenze incongrue o asistematiche (cfr., in argomento, Cons. Stato, Ad. pl., 22 dicembre 2017 n. 13 e Sez. VI, 6 aprile 2018 n. 2133) e che tale potere conformativo può essere esercitato dal giudice amministrativo anche per chiarire gli effetti di una propria sentenza che si pronunci quando sussista "una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare"».

so – viene ammesso alla frequenza di un corso (ad esempio in medicina, scuola di specializzazione in medicina o T.F.A.), in seguito all'adozione di un'ordinanza cautelare o di un provvedimento di autotutela.

Di conseguenza, il titolo che legittima il ricorrente a sostenere gli esami di profitto e a frequentare il corso è la pronuncia giurisdizionale resa nella fase cautelare.

È chiaro che quest'ultimo provvedimento nell'esplicazione dei propri effetti rappresenta, al contempo, il presupposto per il compimento di successive attività inerenti al percorso accademico del ricorrente.

Il *fil rouge* che lega la logica del consolidamento formale e sostanziale è, in definitiva, la forza che assume una sopravvenienza fattuale all'interno del processo, un fattore talmente forte che è in grado di condizionarne gli esiti, seppur sulla base di un accertamento sommario.

Dall'altro lato, l'interesse verso il consolidamento sostanziale nasce proprio in considerazione del ruolo – a questo punto determinante – che ha assunto nella prassi giudiziaria. Oggi, può afferarmarsi, anche con una discreta tranquillità, che nel nostro ordinamento è vigente un altro principio frutto dell'attività creativa della iurisdictio: il principio del consolidamento sostanziale.

3. *Il principio di consolidamento formale e sostanziale nella dinamica del processo amministrativo: una introduzione*

Il tema centrale del presente contributo, ovvero l'analisi della logica del consolidamento sostanziale e formale, è strettamente connesso con quello della tutela giurisdizionale.

Sussiste, invero, uno strettissimo legame, in questo contesto, tra processo e fatto.

Statisticamente, come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, l'applicazione del meccanismo ha origine, quasi sempre, da un provvedimento giurisdizionale (cautelare) che legittima il ricorrente a frequentare il corso a cui il test d'ingresso era finalizzato, nonché a sostenere gli esami di profitto.

Questa forte correlazione tra il consolidamento di una situazione che, comunque, resta fattuale e l'accertamento giudiziario reso in sede processuale è stata anche affrontata dalla Corte Costituzionale, la quale

ha ricordato che il funzionamento dell'art. 4, comma 2 *bis*, è finalizzato ad evitare che gli effetti del conseguimento automatico dell'abilitazione, proprio a seguito del superamento delle prove successive ad una pronuncia cautelare o di un provvedimento di autotutela, vengano "travolti dal risultato del processo".

In particolare, nella prospettiva del Giudice delle leggi, vi è l'interesse a scongiurare che i tempi processuali vanifichino l'avvio, in buona fede, dell'attività professionale a cui è stato abilitato il ricorrente.

L'impatto del principio del consolidamento sugli strumenti di tutela processuali offre l'occasione per riflettere, dapprima, sulla funzione della fase cautelare all'interno del processo amministrativo e, poi, sul tipo di pronuncia adottata dal Giudice amministrativo, una volta accertata la sopravvenienza fattuale.

Prima di addentrarsi nell'analisi delle questioni appena dette, pare necessario soffermarsi, seppur brevemente, sul ruolo che svolge il processo amministrativo, e quindi del Giudice, nella tutela degli interessi degli amministrati.

Dalla fine del 1800, anche a seguito del tramonto dell'*ancien régime* e della nascita della concezione moderna dello Stato, si è avvertita la necessità di prevedere un plesso giurisdizionale capace di controllare l'attività dell'amministrazione[48].

Questa esigenza ha, seppur a seguito di un lungo processo legislativo[49], consentito l'istituzione della giustizia amministrativa, la quale rinviene la sua funzione principale nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati incise ed, eventualmente, lese, autoritativamente e unilateralmente, dal potere amministrativo[50].

---

[48] S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione*, *Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo*, il 7 maggio 1880, *http://eprints.bice.rm.cnr.it/3260/1/Trentennale_10.pdf*, in cui l'A. afferma che «[…] non è già per indebolire l'autorità dello Stato che io propongo di sottoporre tutte le pubbliche amministrazioni ai freni più severi della giustizia, ma bensì con lo scopo di accrescerla, impedendo che si corrompano le nostre istituzioni, nelle quali solamente il popolo italiano, colla libertà, può raggiungere il suo maggiore benessere».

[49] Per una completa analisi delle fasi che si sono susseguite nella creazione dell'attuale sistema di giustizia amministrativa, v. F. G. Scoca, *La formazione del sistema*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 3.

[50] Offre una ricostruzione della "ragione politica della giustizia amministrativa: genesi e ideologia" M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 21, in cui rileva che «la giustizia amministrativa consiste, s'è detto, di un insieme d'istituti di tutela del

Una volta istituita la giustizia amministrativa si è affermata sempre più l'idea che essa dovesse essere effettiva[51], quindi, in grado di garantire una tutela "piena" e tempestiva[52], anche alla luce dei principi costituzionali, nonché capace di realizzare gli interessi del ricorrente nella sua sfera sostanziale.

---

cittadino nei rapporti tra di loro, fra i quali fanno spicco processi giurisdizionali davanti a giudici ad hoc, davanti a giudici diversi dal giudice ordinario». Al contempo, P. Virga, *Diritto amministrativo*, *Atti e ricorsi*, Milano, 1997, 157, analizza il "problema della giustizia amministrativa" rilevando che «l'esigenza di una giustizia amministrativa si manifesta con l'affermarsi dello Stato di diritto, essendo quest'ultimo basato sul principio che le posizioni soggettive dei cittadini debbono essere tutelate, non solo nei confronti degli altri cittadini, ma anche nei confronti della pubblica amministrazione». Con riferimento alla creazione del processo amministrativo, si v., altresì, V. Caianello, Manuale di diritto processuale amministrativo, Torino, 1994, 7, laddove sostiene che «Il processo amministrativo è dunque principalmente frutto della elaborazione giurisprudenziale, ma alla sua sistemazione ha dato notevolissimo apporto la dottrina. Nel delineare questo sistema processuale si deve perciò tener conto di entrambi quegli apporti, del primo, per indicare agli operatori pratici del diritto gli schemi già collaudati dal giudice e che quindi hanno maggiore probabilità di essere intesi dal giudice stesso, del secondo, per fornire gli strumenti utili ai fini della rinnovazione di istituti che, per se elaborati in un certo modo dalla giurisprudenza, sono apparsi inadeguati, insufficienti o contraddittori con riferimento alla sistematica generale. Il processo amministrativo è nato da quel progressivo svolgimento di procedimenti contenziosi in attività giurisdizionale».

Più dei recente, G. De Giorgi Cezzi, *Interessi sostanziali, parti e Giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 3,2013, 412 ha osservato che «Il primo aspetto — che è stato in termini generali visto come la ragione stessa della specialità della giurisdizione amministrativa e del relativo processo e spesso assunto come dato sufficiente a spiegare differenze non meglio indagate col processo civile (e in particolare la deviazione dal principio dispositivo) — non può essere infatti utilizzato se il rilievo della presenza nel processo dell'amministrazione voglia significare enfasi sulla natura oggettiva degli interessi pubblici di cui è titolare. È stato notato che il *proprium* di questo processo è invece nel suo opposto: e cioè nel fatto che il processo amministrativo è storicamente sorto come strumento tecnico per rendere quell'interesse da oggettivo a soggettivo, con la configurazione dell'amministrazione parte «in un concreto conflitto di interessi».

[51] Sul punto si v. F. Saitta, *Il principio di giustiziabilità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 234, in cui analizza l'effettività della tutela sotto vari profili, tra cui «un'effettività soggettiva all'accesso alle corti di giustizia, di un'effettività tecnica delle possibilità processuali di «azione», di un'effettività qualitativa del risultato conseguibile da chi agisce e di un'effettività oggettiva della «tutela», in funzione dei tipi di situazione individuale».

[52] In dottrina si è affermato che «è intuitivo che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, deve essere tempestiva: già Jeremy Bentham scriveva: *justice delayed is justice denied*», così, F. G. Scoca, *Carattere generali del processo amministrastrativo*, in *op.cit.,* 168.

Tutte queste esigenze sono state compendiate dal codice del processo amministrativo, il quale, all'art. 1, statuisce che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva, alla luce dei principi costituzionali ed europei.

A tal punto, è spontaneo chiedersi quale sia la funzione svolta dal giudice amministrativo.

Ebbene, la risposta a tale interrogativo è tutt'altro che semplice; come osservato dalla dottrina, la funzione che deve assumere il giudice amministrativo è quella di "mediatore" tra il potere pubblico e l'interesse, o il diritto, del privato cittadino, cioè deve essere in grado di bilanciare gli interessi della parte pubblica con quello del ricorrente al raggiungimento di quel bene della vita sotteso alla proposizione del ricorso giurisdizionale[53].

Sulla scia di quanto sinora detto, il consolidamento, sia sostanziale che formale, rappresenta uno strumento di realizzazione della piena ed effettiva tutela giurisdizionale, in cui, dapprima il legislatore, nel caso dell'art. 4 comma 2 *bis* d.l. 115/2005, e, poi, la giurisprudenza, per il c.d. consolidamento sostanziale, hanno ritenuto primario l'interesse del privato rispetto alla definizione del processo[54].

---

[53] Il riferimento è a M.R. Spasiano, I. Del Giudice, *Il giudice amministrativo mediatore del conflitto tra potere pubblico e diritti della persona*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2, 2008, 541. È interessante la prospettiva offerta dal suddetto contributo, laddove si sostiene che «il corretto e paritario bilanciamento di istanza contrapposte permette di determinare il contenuto concreto dell'interesse pubblico, invero solo astrattamente definito dalla norma: un contenuto che, trasposto nella scelta amministrativa dell'ente pubblico, viene garantito nella sua attuazione in virtù di un momento autoritativo che, così, è posto a presidio dell'efficace realizzazione della mediazione effettuata. […] Da tale impostazione deriva che il medesimo bilanciamento operato nella gestione dei rapporti venga svolto anche in sede giudiziale, attraverso il sindacato sulla ragionevolezza delle valutazioni compiute, anche alla luce dell'apporto argomentativo di quei soggetti che – attori della mediazione a monte – non possono che trovare spazio adeguato nel processo». Sul punto si v., altresì, M.A. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, la quale a pag. 4 rileva che «Il g.a. è il giudice della funzione amministrativa (dell'interesse pubblico) e il giudice dell'economia: l'intervento tempestivo del giudice in un momento in cui sia ancora possibile evitare che la violazione produca i suoi effetti e, laddove occorra, indirizzare il successivo operato della p.A. assume quindi rilevanza essenziale anche per il buon andamento della p.A. e per la stessa competitività del Paese».

[54] Secondo, V. Buratti, *Le misure cautelari con effetti irreversibili*, in P. Cerbo, G. D'angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Amministrare e giudicare, Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022, 144, l'art. 4, comma 2 bis «[…] è espressione di un bilanciamento di

3.1. *Il consolidamento: applicazione concreta della effettività della tutela cautelare*

Come più volte affermato nel corso del presente contributo, nella maggior parte dei casi, il consolidamento origina proprio dalla concessione di un provvedimento cautelare che sancisce l'iscrizione del ricorrente al corso, in sovrannumero o con riserva, o che, comunque, gli consente di frequentarlo e sostenere gli esami.

Dal punto di vista fattuale, accade che il privato, destinatario di un atto negativo di esclusione dalla procedura o di non ammissione per non aver ottenuto il necessario punteggio, impugni il provvedimento e nel ricorso chieda l'adozione di una misura cautelare.

In tal caso, poi, il giudice amministrativo, accogliendo la domanda cautelare, adotta un provvedimento con cui obbliga l'amministrazione a compiere una nuova attività seppur, ad esempio, senza sospendere gli atti impugnati.

Ebbene, la tutela cautelare è capace di determinare effetti "irreversibili" in grado di influenzare l'intera situazione fattuale e soprattutto rendere, in determinate ipotesi, inutile una definizione "nel merito" della controversia.

In un siffatto contesto, la tutela cautelare è, quindi, la massima espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale[55].

In realtà, la situazione appena descritta è anche significativa di quella attitudine a "cautelarizzare" il processo amministrativo, in cui vi è un indiscutibile assorbimento di quest'ultimo all'interno della fase cautelare[56].

---

interessi che considera prevalente l'interesse pubblico all'accertamento rispetto a quello della definizione del processo, accordando particolare tutela all'affidamento risposto dal privato nell'esito delle prove».

[55] Sulla funzione della tutela cautelare nel processo amministrativo si v. F. G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir.Proc.Amm.*, 3, 1983, 318, il quale osserva che «[…] la tutela cautelare è nel processo amministrativo un complemento naturale della tutela cognitoria e costitutiva, a ragione del carattere esecutivo dei provvedimenti amministrativi impugnati; carattere che comporta come conseguenza normale, e non eccezionale come nel processo civile, che la *res* dedotta in giudizio non rimanga integra fino alla conclusione di esso».

[56] V. Bruratti, *op.cit*, 129, rileva che «nell'affermazione del nuovo processo amministrativo, ha assunto un ruolo preponderante la fase della tutela cautelare, tanto che si parla a proposito di una tendenza alla «cautelarizzazione» di quest'ultimo. Si assiste infatti a un fenomeno di «assorbimento» dell'intero processo all'interno della fase cautelare che esercita, come sostenuto in dottrina, un'irresistibile forza di attrazione,

In particolare, soprattutto dopo le modifiche apportate dalla l. 205/2000, la disciplina si è sviluppata attorno al carattere della strumentalità e dell'atipicità della tutela cautelare. Il primo evoca quello stretto rapporto di servizio rispetto alla sentenza di merito, nel senso che la tutela cautelare è funzionale ad evitare che la durata del processo possa, irrimediabilmente, causare dei danni alla posizione del ricorrente[57].

Dall'altro punto di vista, ovvero quello dell'atipicità, l'art. 55 c.p.a. prescrive la possibilità, per il ricorrente, di chiedere l'adozione di misure cautelari che «appaiono […] più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso».

La vera particolarità del tema risiede, a ben vedere, nell'effetto che dispiega la misura cautelare, la quale è capace di produrre degli effetti irreversibili, non solo, sulla realtà fattuale sottesa alla controversia, ma, anche, sul corso naturale del processo.

È evidente che la concessione della misura cautelare legittimi il ricorrente a svolgere determinate attività, tra cui frequentare il corso, sostenere gli esami di profitto, che sono, pertanto, in grado di modificare, in via definitiva, la situazione fattuale.

La situazione appena descritta è sintomatica di quegli effetti che la dottrina definisce come irreversibili «non suscettibili di cessare automati-

---

con conseguente esaurimento della risposta giudiziale predisposta e fornita dall'ordinamento».

Sul punto, è osservato da F. Cintioli, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir.Proc.Amm*, 1,2002, 59, che «[…] l'ordinanza di sospensione ha mostrato, grazie agli interventi pretori del giudice, una capacità camaleontica di adattamento a nuovi interessi ed a nuove richieste di tutela, superando quella che è stata definita come una vera e propria *crisi* dell'istituto della sospensiva. Al punto tale da creare il visibile «paradosso» di una tutela cautelare più completa, per intensità e tempi, di quella apprestata dal giudizio di cognizione».

[57] Ricorda A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 291, che «la tutela cautelare, anche nel processo amministrativo, ha sempre carattere di strumentalità: la misura cautelare, come scrisse Calamandrei, ha «lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo»; realizza, così, l'esigenza di evitare che la durata del giudizio possa rendere praticamente inutile per il ricorrente la decisione finale». Sul punto si v., altresì, E. Follieri, *La fase cautelare*, in F. G. Scoca (a cura di), *op.cit.*, 343, il quale analizza il carattere della strumentalità sotto due distinti profili, «sul piano strutturale o formale […] rappresenta la necessità che debba intervenire in una sentenza, siccome il provvedimento urgente produce effetti interinali sino alla decisione nel merito; e sul piano funzionale o sostanziale in relazione alla "qualità" e "quantità" degli effetti che non possono essere diversi o maggiori di quelli ottenibili con la sentenza».

camente con la sentenza che rigetti il ricorso», in quanto, come detto, la concessione della misura cautelare produce effetti per l'appunto irreversibili che si esauriscono immediatamente[58].

Proprio il tema degli effetti che esplica la misura cautelare offre l'occasione per riflettere sulla dinamica della cautela all'interno del processo amministrativo.

Può accadere che, ad esempio, l'Amministrazione resistente proponga appello cautelare per chiedere la revoca o la modifica della misura. In tal caso, l'accoglimento dell'appello si porrebbe in contrasto con l'attività che era "autorizzata" dall'esecuzione della tutela cautelare. Ciò pone un evidente problema di coordinamento, nel caso in cui, ad esempio, il ricorrente abbia esercitato delle attività immediatamente dopo la concessione della tutela cautelare. Semplificando, ci si chiede quali siano gli effetti nella sfera del ricorrente e quale sia l'esito delle attività, *medio tempore*, compiute e poi travolte dalla pronuncia del Consiglio di Stato sull'appello cautelare.

Si è dato conto dell'innegabile irreversibilità degli effetti cautelari, dal momento che essi sembrerebbero insensibili, finanche, alla sentenza che definisce il ricorso; non è possibile, però, inibire la possibilità di proporre appello avverso l'ordinanza cautelare.

Sicché, proprio in considerazione di questi effetti, il Consiglio di Stato, già in quella sede, potrebbe prendere atto dell'operatività del consolidamento e confermare l'ordinanza impugnata. In questo modo, in verità, vi sarebbe una eccessiva limitazione dei poteri giurisdizionali con il

---

[58] C. Cacciavillani, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 121, propone una distinzione tra effetti irreversibili ma non definitivamente irreversibili ed effetti non suscettibili di cessare automaticamente con la sentenza che rigetti il ricorso. In particolare, l'Autrice considera «l'ipotesi di impugnazione del diniego di svolgimento di una determinata attività, sul quale sia intervenuta una misura cautelare sostitutiva, dalla quale deriva la legittimazione allo svolgimento dell'attività: in caso di rigetto del ricorso, l'atto emanato in esecuzione dell'ordinanza viene travolto, il titolo allo svolgimento dell'attività viene meno e questa non può essere esercitata, ma nondimeno, nelle more della definizione del giudizio, essa è stata svolta: e questo è un effetto irreversibile. Questo tipo di effetto è irreversibile sì, perché *quod factum est infectum fieri nequit*, ma non è *definitivamente* irreversibile se esso è suscettibile di cessare una volta che la misura cautelare sia travolta, venga meno in forza della sentenza di rigetto del ricorso […]. Ma vi potrebbero essere degli effetti, prodotti dall'ordinanza cautelare, ma non suscettibili di cessare automaticamente con la sentenza che rigetti il ricorso; perché effetti che si producono e si esauriscono immediatamente, e che determinano la modificazione della situazione di fatto».

rischio di negare giustizia a priori, in forza di un accertamento che resta, comunque, sommario.

A parere di chi scrive, una delle strade percorribili – soprattutto, capace di compendiare i molteplici interessi in gioco – potrebbe rinvenirsi nell'istituto previsto dall'art. 60 c.p.a., ovvero nella definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare.

In questo modo, infatti, si avrebbe una concentrazione processuale che garantirebbe una pronta soluzione della controversia, quand'anche l'altra parte dichiari di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, o regolamento di competenza o di giurisdizione. Tuttavia, potrebbe, altresì, immaginarsi una applicazione estensiva, seppure con i necessari adattamenti, della regola dettata dall'art. 120, comma 5 c.p.a., per il rito appalti, laddove è previsto che, in assenza dei presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., il giudizio è definito, con sentenza in forma semplificata, in un'udienza «da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e nel rispetto dei termini per il deposito dei documenti e delle memorie».

In definitiva, qualunque soluzione si prospetti non può non tenersi conto dell'incidenza assunta dalla tutela cautelare, la quale, anche nelle ipotesi in cui trova applicazione la logica dell'assorbimento, rappresenta uno strumento di garanzia e realizzazione della tutela piena ed effettiva.

Su questa scia, invero, si è sviluppata la tutela cautelare nel processo amministrativo con il difficile compito, ma a dire il vero, in alcune occasioni ben riuscito, di concedere una tutela strumentale e atipica ma funzionale a realizzare, sin dall'introduzione del giudizio, gli interessi sottesi alla proposizione del ricorso.

3.2. *L'accertamento processuale della stabilizzazione dei fatti sopravvenuti: inutile, sovrabbondante o necessario?*

Concessa la tutela cautelare al ricorrente, come visto, si producono degli effetti irreversibili capaci di influenzare la situazione fattuale e, altresì, l'andamento del processo.

Già il *nomen*, consolidamento (o assorbimento), evoca l'idea di un fattore sopravvenuto che, però, è così forte da determinare un cambiamento nei fatti del giudizio rispetto alla proposizione della domanda giurisdizionale.

In sostanza, la combinazione degli elementi "nuovi" ha come effetto l'iscrizione del ricorrente "definitivamente ed irrevocabilmente" al corso di laurea che, in virtù della misura cautelare o del provvedimento di autotutela, ha frequentato[59].

Di questi elementi nuovi il Giudice deve, ovviamente, tenerne conto, anche perché è noto che *quod factum infectum fieri nequit*.

Pertanto, in primo luogo, ci si chiede con quali modalità il mutamento fattuale, si badi derivante dal nuovo accertamento, confluisca in sede processuale, ovvero, più semplicemente, come il Giudice amministrativo prenda contezza della frequenza del ricorrente al corso o del superamento degli esami, considerato che questi intervengono dopo la notifica e il deposito dell'atto introduttivo e, quindi, non possono essere contenuti, ai sensi dell'art. 40, comma 1 lett.e) c.p.a., nel ricorso.

Idealmente, potrebbe, immaginarsi che, una volta intervenute le predette sopravvenienze, il ricorrente proponga, *ex* art. 43 c.p.a., un ricorso per motivi aggiunti per rilevare le *nuove ragioni* a sostegno delle domande già proposte con il ricorso, ovvero proporre domande nuove ma, comunque, connesse[60] con quella originaria.

In linea generale, sempre constatati i nuovi fatti, il ricorrente potrebbe, attraverso i motivi aggiunti, chiedere la condanna dell'Amministrazione al rilascio del provvedimento di iscrizione (definitiva) al corso, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.

A dire il vero, dall'analisi delle pronunce passate in rassegna emerge che parte ricorrente, in genere, deposita in giudizio un'autocertificazione attestante l'iscrizione al corso e l'avvenuto superamento degli esami, nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a.

---

[59] A titolo esemplificativo, cfr. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 14 febbraio 2022, n. 60, i*n www.giustizia-amministrativa.it*.

[60] M. D'Orsogna, F. Figorilli, *La fase introduttiva*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, *op.cit*., 323, rilevano che «In buona sostanza, la proposizione di motivi aggiunti è stata dichiarata ammissibile in conseguenza della cognizione, da parte del ricorrente, di fatti o atti sopravvenuti alla proposizione del ricorso principale, in grado da far emergere la sussistenza di ulteriori vizi originari del provvedimento impugnato». Si afferma, altresì, che «La dottrina, peraltro, si è dimostrata già da tempo favorevole all'utilizzabilità di tale strumento anche nell'ipotesi di collegamento scaturente dal fatto che il nuovo atto si pone come riesercizio (su iniziativa della stessa amministrazione resistente o sollecitato dal giudice, ad esempio a seguito dell'adozione di una misura cautelare "propulsiva") del medesimo potere di cui l'atto inizialmente impugnato costituisca manifestazione».

Allo stesso modo, può anche immaginarsi che, ai sensi dell'art. 63 comma 1, il Giudice chieda, d'ufficio, chiarimenti o documenti alle parti o, ancora, ex art. 64 comma 3, disponga di acquisire informazioni o documenti nella disponibilità dell'Amministrazione.

Insomma, gli strumenti e le possibilità in possesso delle parti per far transitare in sede processuali i fatti sopravvenuti sono molteplici.

Sgomberato il campo dall'interrogativo inerente alle modalità con le quali si realizza la *discovery* di questi elementi sopravvenuti, vi è da chiedersi quali sono i riflessi sull'esito della controversia.

In maniera ancora più diretta, ci si interroga sull'utilità di emanare una pronuncia di accoglimento del ricorso che annulli, con effetti costitutivi, il provvedimento impugnato.

Sul punto, deve rilevarsi che la giurisprudenza talvolta definisce la questione a cui si applica il consolidamento con una sentenza di cessata materia del contendere, talaltra con una pronuncia di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto dell'interesse.

In quest'ultimo caso, l'improcedibilità del ricorso, a dire del Consiglio di Stato, è connessa al consolidamento degli effetti che si sono prodotti con l'ammissione con riserva, il quale rende carente, di conseguenza, l'interesse alla coltivazione e prosecuzione del ricorso[61].

Orbene, pare necessario soffermarsi, seppur per linee generali, sulla distinzione tra la cessata materia del contendere e la carenza sopravvenuta di interesse, specificando che l'elemento comune ad entrambi gli istituti è la sussistenza di una sopravvenienza fattuale rispetto all'instaurazione del processo.

Ai sensi dell'art. 34, comma 5, c.p.a. il Giudice dichiara la cessazione della materia del contendere qualora, nel corso del giudizio, la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, cioè quando il bene della vita a cui aspira il ricorrente trova soddisfazione in sede extraprocessuale, quindi, in via amministrativa. In questo caso, la realizzazione della pretesa del ricorrente rende "inutile" la prosecuzione del giudizio. Nell'ipotesi, invece, di sopravvenuta carenza di interesse, il Giudice adotta una sentenza di rito, con la quale accerta il sopraggiungere di una circostanza giuridica o fattuale che determina una sovrabbondanza, anche in questo caso, della prosecuzione del giudizio.

È evidente, quindi, l'analogia tra la cessata materia del contendere e la

[61] Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, 8601, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

sopravvenuta carenza di interesse, tanto da indurre la dottrina a dubitare della concreta utilità classificatoria delle due figure[62].

A dire il vero, la giurisprudenza amministrativa[63] ravvisa una diversità nella valutazione compiuta dal Giudice.

Nella cessata materia del contendere, vi è un'attività amministrativa, successiva all'instaurazione del giudizio, e il Giudice, nella pronuncia, accerta nel merito, dapprima, la pretesa avanzata e, poi, la "piena soddisfazione" della stessa; nell'ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse, vi è la sopravvenienza di un fatto che osta alla realizzazione dell'interesse al ricorso, rendendo inutile la prosecuzione del giudizio, quindi, «per l'impossibilità sopravvenuta del conseguimento del bene della vita»[64].

---

[62] A. Police, *L'estinzione del processo*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, *op.cit*, 481, rileva che «In dottrina, tuttavia, molti dubitano della utilità sul piano teorico (e comunque dal punto di vista pratico) della distinzione di questa figura da quella della cessazione della materia del contendere».

[63] Secondo Cons. St., sez.III, 28 marzo 2022, n. 2247, in *www.giustizia-amministrativa.it*, «Si tratta di due decisioni che sottendono una valutazione del giudice ben diversa (Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3388). La pronuncia di cessazione della materia del contendere definisce il giudizio nel merito e consegue alla integrale soddisfazione dell'interesse sostanziale, fatto valere in giudizio, da parte dell'Amministrazione con un provvedimento posto in essere spontaneamente e non in esecuzione di un ordine giudiziale (Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3767). […] La decisione che dichiara la cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo è caratterizzata dal contenuto di accertamento nel merito della pretesa avanzata e dalla piena soddisfazione eventualmente arrecata ad opera delle successive determinazioni assunte dalla Pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2017, n. 5343); tale decisione non ha pertanto valenza meramente processuale, ma contiene l'accertamento relativo al rapporto amministrativo controverso e alla pretesa sostanziale vantata dall'interessato (Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5533).

[64] Sul punto si v. Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2224, in *www.giustizia -amministrativa.it*, secondo cui «Il codice del processo amministrativo distingue, in particolare, la sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere, espressamente regolata nell'ambito delle sentenze di merito ex art. 34, comma 5, c.p.a., dalla sentenza dichiarativa dell'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, costituente una sentenza di rito ex art. 35 c.p.a.

La differente natura giuridica (di merito o di rito) delle sentenze in commento discende dal diverso accertamento sotteso alla loro emissione: la cessazione della materia del contendere postula la realizzazione piena dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione dell'azione giudiziaria, permettendo al ricorrente in primo grado di ottenere il bene della vita agognato, sì da rendere inutile la prosecuzione del processo (Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5031); l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta

Analizzando le analogie e le differenze degli istituti suddetti, può affermarsi che nel caso del meccanismo del consolidamento, come testimonia l'orientamento maggioritario, è maggiormente adeguata una pronuncia di cessata materia del contendere, nella quale il Giudice non ha solo contezza della sopravvenienza dei fatti successivi alla concessione della tutela cautelare, ma, al contrario, compie un accertamento "di merito" in grado di accertare l'effettiva ricorrenza di tutti i presupposti sottesi al consolidamento.

Questo punto fermo, seppur ampiamente condivisibile, origina un ulteriore problema: nella pronuncia di cessata materia del contendere, il Giudice prende atto delle attività sopravvenute ma non annulla il provvedimento impugnato. In tal modo, in sostanza, il Giudice opera una sorta di disapplicazione, impropria, di un atto amministrativo che, quindi, rimane efficace.

D'altro canto, le pronunce che applicano il consolidamento non si esprimono affatto sulla legittimità del provvedimento impugnato, bensì si concentrano solo sul superamento degli esami utile a dimostrare «nei fatti ed in modo ancor più specifico la propria idoneità al cui accertamento era deputata la procedura comparativa per l'iscrizione ad anni successivi»[65].

Il dubbio, forse insuperabile, risiede nella presunta legittimità dell'atto impugnato; rimane il sospetto che il privato, nonostante il mancato annullamento, ottenga il medesimo risultato, sulla base di un provvedimento, forse, esente da vizi.

4. *Considerazioni conclusive*

Il meccanismo del consolidamento sostanziale è entrato a far parte della prassi giudiziaria, la quale ha, di fatto, esteso l'ambito applicativo

carenza di interesse risulta, invece, riscontrabile qualora sopravvenga un assetto di interesse ostativo alla realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso, anche in tale caso rendendo inutile la prosecuzione del giudizio – anziché per l'ottenimento – per l'impossibilità sopravvenuta del conseguimento del bene della vita ambito dal ricorrente».

Per un inquadramento della questione, anche nel sistema previgente al Codice del processo amministrativo, si rinvia a F. F. Tuccari, *Decisioni in forma semplificata ed estinzione del giudizio,* in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2005, n. 205, Milano,* 2001, 827.

[65] TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 14 febbraio 2022, n. 60, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

dell'art. 4, comma 2 *bis*, anche ad altre ipotesi, originariamente, non previste dalla normativa.

Si è avuto modo di verificare che quello che, in passato, era un istituto volto a tutelare la posizione di una particolare categoria soggettiva (ovvero, i soggetti appartenenti alle categorie per le quali era prevista l'abilitazione) è, oggi, diventato uno strumento generalizzato e applicabile a vari contesti.

Il percorso ha evidenziato che nel settore delle ammissioni ai corsi universitari o di formazione, le sopravvenienze fattuali, quali ad esempio la frequenza del corso o il superamento degli esami, sono in grado di incidere, non solo, sul corso naturale del processo amministrativo ma, anche, sulla sfera soggettiva del privato e, di conseguenza, sull'intera procedura di ammissione.

Deve, tuttavia, rilevarsi che l'assenza di una norma generale sul meccanismo del consolidamento sostanziale rende, di fatto, la sua applicazione concreta frutto della discrezionalità del Giudice.

Considerato questo fattore, ci si chiede se tale situazione possa, in qualche misura, essere fonte di una disparità di trattamento. Non è arduo immaginare che, a fronte di una medesima situazione sostanziale, un Tribunale accolga la richiesta di concessione della tutela cautelare, con tutto ciò che ne consegue in tema di consolidamento, e un altro, al contrario, non conceda la misura richiesta. Nelle ipotesi appena prospettate, è chiaro che ad un ricorrente venga consentito di frequentare il corso e sostenere gli esami e all'altro, invece, tanto è inibito a priori.

Ci si pone, al contempo, un altro interrogativo di carattere generale. L'operatività del consolidamento, considerata la *vis attractiva* della tutela cautelare, rende di fatto inutile la prosecuzione del giudizio che, pare opportuno ricordare, ha ad oggetto l'accertamento della legittimità o meno dell'atto impugnato.

In questo caso, potrebbe, così, definitivamente stabilizzarsi una situazione a fronte di un provvedimento (di non ammissione o di esclusione), non annullato dal Giudice che quindi resta valido ed efficace.

Il rischio, in questo caso, è che si verifichi una indebita sostituzione del Giudice all'Amministrazione e che, al contempo, vengano imposte alla P.A. il compimento di una serie di attività, sulla base di un giudizio che, alla fine, non decide sulla legittimità dell'atto.

Nonostante le criticità appena rilevate, però, il consolidamento rap-

presenta uno degli esempi più recenti di quell'attitudine della moderna *iurisdictio* a creare nuovi principi utili a fronteggiare le numerose lacune legislative nonché a garantire una più intensa tutela ai cittadini.

E non è un caso se – proprio negli ultimi anni – è il Giudice, anche costituzionale, a sollecitare il legislatore a dettare nuove regole maggiormente adeguate all'attuale società e se, nel campo del diritto amministrativo, è il potere giudiziario a fornire all'Amministrazione nuovi criteri e principi per meglio amministrare.

Fino a dove si spingerà il Giudice nell'attività "creativa" o quanto saranno efficienti il legislatore e l'Amministrazione sono quesiti ai quali non si può rispondere, il fattore certo è che, oggi, il Giudice è *Dr. Jekyll e Mr. Hyde*, talvolta applica i principi e talaltra li crea.

Abstract

Il contributo intende analizzare il principio del consolidamento (o assorbimento), alla luce della lettura estensiva operata dalla giurisprudenza amministrativa che lo ha applicato a fattispecie diverse rispetto a quelle originariamente previste dall'art. 4, comma 2 *bis*, d.l. 30 giugno 2005, n. 115.

La norma in questione prescrive che i candidati che abbiano superato le prove, sia scritte che orali, conseguano l'abilitazione, anche nel caso in cui la loro ammissione, o la ripetizione della valutazione, sia avvenuta a seguito di un provvedimento giurisdizionale o di autotutela.

Definite le coordinate ermeneutiche dell'istituto, ci si propone di riflettere sui risvolti che esso svolge all'interno del processo amministrativo e, in particolare, come la stabilizzazione di una sopravvenienza fattuale incida sull'accertamento compiuto dal Giudice.

The principle of consolidation
in the dynamics of the administrative process

The paper intends to analyze the principle of consolidation (or absorption), in the light of the extensive interpretation made by the administrative jurisprudence, which has applied it to cases beyond those originally provided for by art. 4, paragraph 2 bis, Legislative Decree of 30 June 2005, n. 115.

The rule in question prescribes that candidates who have passed the tests, both written and oral, obtain the qualification, even if their admission, or the repetition of the evaluation, has taken place following a judicial or self-protection measure.

Having defined the hermeneutical coordinates of the institution, we propose to reflect on the implications that it carries out within the administrative process and, in particular, how the stabilization of a factual occurrence affects the assessment made by the Judge.

Tempo e risultato nei contratti della pubblica amministrazione

di Pasquale La Selva

Sommario: 1. Riformare il settore dei contratti pubblici e ridurre i tempi per semplificare l'attività contrattuale della pubblica amministrazione. – 2. Il tempo della gara e il tempo dell'esecuzione de contratto nella prospettiva del risultato. – 3. La dimensione temporale del principio del risultato: dalla conclusione della gara al completamento dell'opera o del servizio. – 4. Il conseguimento del risultato in tempi ragionevoli è interesse pubblico o un criterio dell'azione amministrativa? – 5. La tempestività della conclusione del contratto oltre le garanzie della forma. – 6. Dalla discrezionalità dell'amministrazione alla discrezionalità del giudice-legislatore: considerazioni conclusive intorno al "problema amministrativo" dinanzi all'assenza di tempo.

1. *Riformare il settore dei contratti pubblici e ridurre i tempi per semplificare l'attività contrattuale della pubblica amministrazione*

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione, al pari di qualsiasi attività amministrativa, si muove nelle dimensioni oggettive[1] dello spazio e del tempo[2], e nondimeno quest'ultimo costituisce, ultimamente, un elemento di carattere preminente nelle riforme della disciplina di settore, in cui ci si propone il dichiarato fine di velocizzare i tempi di realizzazione

[1] Anche nel diritto amministrativo il tempo, come osserva C. Talice, voce *Termine (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 221, determina la costituzione, la modificazione e l'estinzione di situazioni giuridiche, rientrando a pieno titolo nella categoria dei "fatti giuridici oggettivi". Già G. Zanobini nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1958, 213-214, collocava il tempo nei "fatti giuridici oggettivi".

[2] Non sono mancati studi e momenti di approfondimento sul tema. Si veda il Convegno nazionale AIPDA "*Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere*" tenutosi a Napoli il 29 e 30 settembre 2023 e, meno recentemente, il Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione "*Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*", tenutosi a Varenna dal 19 al 21 settembre 2002. In dottrina si rinvia a F. Liguori, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un'introduzione*, in CERIDAP, n. 1/2024; Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2023. Lo spazio amministrativo. Vecchi territori e nuove frontiere. Atti del convegno annuale. Napoli. 29-30 settembre 2023*, Napoli, 2024, in corso di pubblicazione; AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, 2003.

delle opere pubbliche, attrarre investimenti nel Paese e favorire la crescita economica[3], che ormai ha assunto anche una connotazione "sostenibile"[4].

Nel quadro già complesso e frastagliato dei contratti pubblici, soltanto negli ultimi anni si è assistito a numerosi tentativi di riforma con gli obiettivi più disparati, tra cui quello di semplificare la materia[5] e di accelerare gli investimenti al fine di fissare dei tempi certi per lo svolgimento delle procedure e per la conseguente stipula dei contratti[6]; un fenomeno che denota il carattere frenetico della recente produzione legislativa, principalmente mosso, come è stato osservato, dalla "ossessione per il tempo

[3] In tema si veda E. Follieri, *Principi generali (artt. 1-12). Natura del codice dei contratti pubblici. Gli allegati*, in, *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, a cura di V. Fanti, Napoli, 2023, 5-6.

[4] Sul tema si veda F. Trimarchi Banfi, *La sostenibilità dello sviluppo economico nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. amm.*, n. 3/2024, 631-650.

[5] In dottrina c'è chi è ha osservato che le misure di semplificazione nei contratti pubblici richiederebbero uno sforzo maggiore di "delegificazione". Sul punto M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, n. 2/2020, 1-6, il cui titolo evoca il lavoro di E. Casetta, *La difficoltà di 'semplificare'*, in *Dir. Amm.*, n. 3-4/1998, 335 e ss., il quale già descriveva le difficoltà di riformare per semplificare. Sulla semplificazione come problema del legislatore, prima che dell'amministrazione, F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4/2008, 335-341, ma si veda anche, di recente, M. Clarich, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, in *An. Giur. Econ.*, n. 1/2020, 169-182. Sulle diverse forme della semplificazione normativa, procedurale e organizzativa si veda, da ultimo, F. Liguori, *Il problema amministrativo. Aggiramenti e rimedi*, in F. Liguori, *L'azione amministrativa. Argomenti e questioni*, Napoli, 2023, 46-50.

[6] Soltanto negli ultimi cinque anni sono stati emanati il d.l. n. 32/2019, conv. con l. n. 55/2019, che contiene misure per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, il d.l. n. 76/2020, conv. dalla l. n. 120/2020, che reca misure urgenti per la semplificazione e per l'incentivazione degli investimenti durante il periodo di emergenza sanitaria da Covid-19, il d.l. n. 77/2021, conv. dalla l. n. 108/2021, che contiene disposizioni di attuazione degli obiettivi contenuti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di promozione della concorrenza e di semplificazione per l'affidamento e l'esecuzione dei c.d. "contratti pubblici PNRR e PNC" e la l. n. 78/2022 di delega al Governo in materia di contratti pubblici in cui, tra le misure di semplificazione e snellimento delle procedure rileva l'obiettivo, fissato dall'art. 1, comma 2, lett. m), di riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla stipula dei contratti. Secondo S. Vernile, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Dir. econ.*, n. 3/2020, il "Decreto Semplificazioni" (d.l. n. 76/2020) pone attenzione ai "tempi" dell'azione amministrativa quale strumento per garantire la certezza dei rapporti e, in materia di contratti pubblici, avverte il "peso" determinante del fattore tempo per la tutela degli interessi privati e, soprattutto, per la cura dell'interesse pubblico.

procedimentale"[7], ma dal quale trapela un'unica esigenza: fare presto e (provare a) fare bene.

Da ultimo, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha fissato l'obiettivo di riforma abilitante – raggiunto attraverso la riscrittura del Codice dei contratti pubblici con il d.lgs. n. 36/2023 – di semplificare la disciplina in materia di contratti pubblici ponendo quali "misure urgenti", tra le altre, l'individuazione di un termine massimo per l'aggiudicazione dei contratti, con riduzione dei tempi tra pubblicazione del bando e aggiudicazione, nonché l'individuazione di misure per il contenimento dei tempi di esecuzione del contratto[8].

L'obiettivo "primario" (o "urgente" per riprendere le parole impiegate nel PNRR) da raggiungere è dunque chiaro: nell'attuale scenario di semplificazioni e liberalizzazioni, in cui la pubblica amministrazione è tenuta a relazionarsi con i mercati e a riconoscere la massima espansione della libera iniziativa economica privata attraverso la promozione del gioco della concorrenza, questa non solo deve essere efficiente per partecipare allo sviluppo economico ma, soprattutto, deve dare certezze temporali ai privati e, conseguentemente, certezza dei rapporti giuridici, prevenendo il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva"[9] per non creare asimmetrie nel gioco della concorrenza[10] e per riallacciare un rapporto

[7] Espressione utilizzata da F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *federalismi.it*, n. 36/2020, 35, i quali, a proposito dei contratti pubblici, evidenziano la chiara intenzione del d.l. n. 76/2020 di imprimere una significativa accelerazione non solo delle procedure di affidamento, ma anche alla stipula del contratto e all'avvio della sua esecuzione (56); in effetti, l'art. 4 del decreto già conteneva modifiche al precedente Codice (d.lgs. n. 50/2016) affinché fosse perseguito "l'interesse ad una sollecita esecuzione del contratto".

[8] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, *Le riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza. Semplificazione e razionalizzazione della legislazione*, in cui vi è una sezione sulla *Semplificazione in materia di contratti pubblici*, 69.

[9] Sul tema della burocrazia difensiva nei contratti pubblici si veda M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, n. 3/2018, pp. 625-657, spec. 628 ove sottolinea che la disciplina di settore genera ancora molte incertezze che si traducono nella resistenza decisionale dei funzionari. Sul tema, in generale, si rinvia a G. Bottino, *La burocrazia difensiva e la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. Giur. Econ.*, n. 1/2020, 117-146; S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2019, 293-319.

[10] È il pensiero di F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2002, 532-533.

di fiducia, quale valore fondante di una economia di mercato[11], con gli operatori economici.

Qualche perplessità desta, tuttavia, la modalità di realizzazione di tale obiettivo che, come si proverà a spiegare nelle pagine successive, sembra più che altro preoccuparsi della conclusione rapida dell'azione amministrativa, piuttosto che offrire garanzie di una conclusione certa[12]. Il fenomeno rischia di ridurre gli interventi di accelerazione e riduzione dei tempi dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione da misura di semplificazione a mera attività di "taglio" di talune funzioni amministrative, con la conseguenza di incidere sull'esercizio dei poteri discrezionali che il nuovo Codice vorrebbe, invece, valorizzare.

La rilevanza del fattore tempo nelle recenti riforme del settore dei contratti pubblici ci consente di ragionare, in particolare, su questioni di primaria importanza, come l'incidenza del tempo sulla fase di esecuzione del contratto, e non più solo sulla fase pubblicistica della gara, attraverso una nuova concezione dell'agire della pubblica amministrazione improntata al raggiungimento di un risultato, e sull'incidenza del fattore tempo sul concetto di risultato quale "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale", in particolare sul *quando* dell'agire discrezionale della pubblica amministrazione; un potere indirizzato al perseguimento dell'interesse pubblico che, dinanzi alla formulazione indeterminata di taluni principi e alla recente previsione di nuovi criteri interpretativi per il sindacato del giudice amministrativo sull'attività amministrativa rischia, di fatto, di essere soppiantato da forme di "amministrazione giudiziaria".

Nonostante la loro eterogeneità, l'indagine circa le diverse questioni individuate permette di ricomporre il quadro della disciplina di settore e cogliere l'attuale valore del tempo nella contrattualistica pubblica.

---

[11] In questi termini R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 17/2023, 274.

[12] Così, a proposito dell'attuale quadro normativo a presidio della semplificazione, S. Tuccillo, *Il tempo dell'azione amministrativa quale diritto fondamentale*, in *P.A. Pers. e Amm.*, n. 2/2023, 265-266.

2. *Il tempo della gara e il tempo dell'esecuzione de contratto nella prospettiva del risultato*

L'attenzione che il legislatore dedica alla semplificazione dei tempi dell'azione amministrativa si circoscrive principalmente all'attività di diritto pubblico, e raramente è stata posta attenzione all'attività di diritto privato.

Prova ne è, da ultimo, la riforma introdotta dal decreto semplificazioni del 2020, che pone in capo alle amministrazioni nuovi obblighi di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi al fine di garantire ai cittadini certezze sui tempi (art. 2, comma 4-*bis*, l. n. 241/1990), e che stabilisce una regola di inefficacia delle determinazioni relative non solo ai provvedimenti, ma anche a tutti gli altri atti comunque denominati adottati nei rapporti procedimentalizzati con i cittadini e nei rapporti orizzontali tra amministrazioni (art. 2, comma 8-*bis*, l. n. 241/1990)[13].

Per quanto attiene, nello specifico, la materia dei contratti della pubblica amministrazione, si registra una tendenza diversa: il medesimo decreto detta, per la prima volta, delle regole di tempestività non solo per addivenire alla stipula dei contratti pubblici, ma anche per il celere avvio dell'esecuzione del contratto, giustificate non già da un mero interesse acceleratorio della fase di realizzazione della commessa, ma al fine di perseguire la conclusione del contratto, e dunque il completamento dell'opera o l'espletamento del servizio[14].

La funzione di amministrazione attiva per la cura concreta dell'inte-

[13] Sui nuovi commi 4-*bis* e 8-*bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990 si veda F. Liguori, *Il problema amministrativo*, in F. Liguori, *L'azione amministrativa*, cit., 33-38; M. Calabrò, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *ambientediritto.it*, n. 1/2021; G. Corso, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2021, 9-19; F. Merusi, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, n. 2/2023, 224-225; G. Gallone, *Tempo e potere: alcune considerazioni attorno al comma 8-bis dell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Dir. econ.*, n. 1/2025, 1-41.

[14] È emblematica la rubrica dell'art. 4 del d.l. n. 76/2020, che menzionava espressamente la "conclusione dei contratti pubblici" e che modificava l'art. 32, comma 8, del precedente Codice che ammetteva il differimento della stipula del contratto oltre i sessanta giorni previsti dalla legge "purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto".

resse pubblico mediante la stipula di contratti stimola talune riflessioni non più solo a proposito del procedimento, quale scansione di atti ove il tempo si atteggia come parametro di misurazione oggettiva[15] dei fatti che si susseguono, che hanno una rilevanza giuridica, e che si concludono con l'emanazione di un provvedimento produttivo di effetti, ma soprattutto a proposito della fase dell'esecuzione del contratto[16] e dell'adempimento delle obbligazioni ivi indicate[17].

La recente riscrittura del Codice dei contratti pubblici, oltre a ricordarci che il fattore tempo ha ormai assunto la valenza di bene della vita autonomo[18], manifesta la chiara intenzione del legislatore – mosso prin-

[15] Il riferimento è ai primi studi sulla dogmatica del rapporto tra tempo e diritto che si sono concentrati, in particolare, sul procedimento amministrativo. Sul punto si veda U. Forti, *Studi di diritto pubblico*, Vol. 1, Roma, 1937, 467-471, il quale distingueva tra atto-procedimento e procedimento in senso ampio, in cui la prima figura consisteva in un singolo atto produttivo di effetti giuridici, mentre la seconda figura consisteva in una serie di comportamenti consecutivi legati in successione logica e di atti collegati tra loro, ma con una propria individualità giuridica; cfr. anche A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940. Il tempo ha poi assunto una rilevanza autonoma per poi assurgere, con la l. n. 241/1990, a vero e proprio principio di "certezza temporale" della conclusione del procedimento. Sul tema, anche per una ampia disamina del rapporto tra tempo e procedimento amministrativo, si rinvia a M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, 2003. Per uno studio sul rapporto tra tempo e attività provvedimentale si veda G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2003, 1-41.

[16] S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*, a cura di G. Corso, M. Immordino, Napoli, 2022, 518, osserva che il principio di cui all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici presta attenzione al conseguimento di un risultato nella fase esecutiva.

[17] Anche M. Macchia, *Alla ricerca di esperti… Rimedi alternativi ed esecuzione dell'appalto*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2024, 19, evidenzia la centralità che la fase di esecuzione del contratto assume nel d.lgs. n. 36/2023, specie nell'affermazione del principio del risultato.

[18] Come osserva M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2018, 163-164, la certezza del tempo dell'agire della pubblica amministrazione costituisce un fattore che consente al privato di programmare le proprie attività. Il ritardo dell'agire amministrativo, e in particolare l'inosservanza dolosa o colposa dei termini di conclusione del procedimento, può essere foriero di danno, con conseguente obbligo di risarcire il privato. Anche nell'ordinamento europeo il tempo ha assunto un valore autonomo: l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, relativo al diritto ad una buona amministrazione, statuisce che ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano

cipalmente dalla preoccupazione o addirittura si potrebbe dire dall'ansia di raggiungere un risultato[19] – di dettare un criterio prioritario dell'agire amministrativo, a prescindere dal ricorso agli strumenti di diritto pubblico o di diritto privato.

Si tratta, dunque, di una novità dettata dalla necessità, già annunciata nel PNRR e di recente ricordata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione[20], di contingentare i tempi delle procedure ad evidenza pubblica e di contenere i tempi di esecuzione del contratto, che si è dunque tradotta nelle regole contenute negli artt. 17 e 18 dell'attuale Codice, peraltro interessate dalle ulteriori modifiche contenute nel recente decreto correttivo, d.lgs. n. 209/2024.

Dalla lettura dell'art. 17 si apprende che le procedure di selezione del contraente devono concludersi, in ossequio ad un principio del risultato quale nuovo *deus ex machina* del Codice[21], entro i termini indicati dall'allegato I.3, che si riferiscono alla sola fase pubblicistica[22], mentre l'art. 18 riprende essenzialmente la novella introdotta dal primo decreto semplificazioni nel precedente Codice sul potere di differimento della stipula

---

trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole. Più in generale, sulle conseguenze del ritardo dell'amministrazione nell'adozione del provvedimento si veda G. Mari, *Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, 2017, 333-373, anche per i riferimenti bibliografici essenziali.

[19] M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Contessa, P. Del Vecchio, Vol. I, Napoli, 2023 59, osserva che l'art. 1 del Codice dei contratti esprime l'anelito del legislatore nel dare luogo, senza intralci di sorta, alla aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti.

[20] L'ANAC, con il Comunicato del Presidente del giorno 11 marzo 2025, ha ricordato che i termini di durata delle procedure ad evidenza pubblica stabiliti dal Codice costituiscono termini massimi di conclusione delle gare in attuazione del principio del risultato e assolvono alla funzione di consentire l'accertamento di responsabilità amministrative e/o contabili in capo ai dipendenti incaricati dello svolgimento delle procedure di gara.

[21] Come osserva A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2024, 351.

[22] L'allegato I.3 al Codice prevede diversi termini per la conclusione delle procedure ad evidenza pubblica distinguendo tra procedure aggiudicate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita e procedure aggiudicate secondo il criterio del minor prezzo. Come osserva A. Barone, *Il responsabile unico e le fasi dell'affidamento*, in *Corso sui contratti pubblici riformati*, a cura di V. Fanti, cit., 87, l'impianto normativo è volto a garantire la certezza dei tempi di svolgimento delle procedure.

dei contratti, che deve essere "motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto" e dal cui tenore sembrerebbe possibile desumere, tutto sommato, una regola generale di celere conclusione delle prestazioni oggetto del sinallagma contrattuale.

Nondimeno, è sufficiente una lettura delle disposizioni del novello Codice per avvedersi del fatto che l'obiettivo di contenimento dei tempi dell'esecuzione, per quanto a più riprese annunciato, sia rimasto sostanzialmente incompiuto in quanto è assente una disciplina adeguata che possa fornire all'amministrazione gli strumenti opportuni per addivenire celermente al completamento dell'opera. Oltre alle due norme citate (delle quali solo una si riferisce alla fase dell'esecuzione del contratto), l'unica ulteriore disposizione che si può menzionare è l'art. 126 del Codice dei contratti pubblici che contiene una previsione di inserimento di premi di accelerazione nella ultimazione anticipata del contratto, ma che porta con sé evidenti rischi sulla qualità delle prestazioni, e che comportano comunque uno sforzo di attenzione notevole in sede di collaudo finale del lavoro o di verifica di conformità del servizio. Cionondimeno l'applicazione della norma è del tutto eventuale e, dopo il correttivo, addirittura condizionata al superamento di alcuni ostacoli, come la disponibilità di risorse finanziarie per l'erogazione delle premialità.

La lettura della norma, come riformulata dopo il correttivo, è di per sé sufficiente per cogliere la preoccupazione del legislatore di trasformare i premi di accelerazione da incentivo ad una buona esecuzione del contratto a opportunità di guadagno che può condizionare la qualità delle prestazioni e minare le condizioni di sicurezza dei lavoratori impiegati nell'esecuzione.

Infine, le altre disposizioni che tengono conto delle "esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto" e della "celere prosecuzione delle procedure" – ma che non si riferiscono propriamente all'attività amministrativa, lasciandola ancora una volta priva di strumenti incisivi – si rinvengono, rispettivamente, negli artt. 120, comma 10, e 125, comma 2, del Codice del processo amministrativo, che sembrano volte a contemperare l'esigenza di domanda cautelare in sede contenziosa con la necessità di non interrompere inutilmente l'esecuzione del contratto.

Nonostante le poche disposizioni relative ai tempi dell'esecuzione,

resta comunque apprezzabile lo sforzo del legislatore di contingentare l'azione amministrativa entro tempi certi, dettando non solo i termini massimi di conclusione delle procedure ad evidenza pubblica, ma prescrivendo anche una regola di esecuzione spedita del contratto; nondimeno, dall'intervento legislativo emerge con una certa evidenza che l'obiettivo anelato non è più solo l'aggiudicazione gara, ma la conclusione del contratto, la realizzazione dell'opera o del servizio e, dunque, il conseguimento di un risultato.

E proprio a proposito del concetto di risultato, secondo una delle letture che si può proporre dell'art. 1 del Codice, tale principio contiene una chiara e puntuale indicazione di certezza temporale della conclusione dell'opera o del servizio, e uno studio del tempo dell'agire amministrativo nel settore dei contratti pubblici, in cui oggi si punta prioritariamente al raggiungimento di un risultato "con la massima tempestività"[23] richiede, pertanto, degli sforzi di approfondimento di sistema che vadano oltre il mero dettato normativo.

In mancanza di norme di conferimento all'amministrazione di funzioni adeguate a dettare i tempi di esecuzione del contratto occorre, pertanto, abbandonare il piano delle regole e indirizzare lo studio verso il piano dei principi, muovendo in particolare dalla disamina del principio del risultato; un principio che, come è stato osservato[24], intende superare le letture formalistiche dei fenomeni che riguardano la contrattazione pubblica per curare in concreto l'interesse pubblico, e dal quale sembra possibile desumere una regola[25] generale di tempestività dei tempi di esecuzione dei contratti in cui è parte la pubblica amministrazione.

---

[23] Il virgolettato è ripreso dal primo comma dell'art. 1 del Codice. Nella *Relazione agli articoli e agli allegati* predisposta dal Consiglio di Stato in sede di adozione dello schema definitivo Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1 della l. n. 78/2022, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", si prescrive chiaramente che "l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività" è, tra le altre, "l'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività".

[24] F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in *Scritti in onore di Paolo Urbani*, a cura di F. Cusano, Milano, 2025, 688.

[25] Il principio del risultato contenuto nel Codice dei contratti pubblici si pone proprio sull'incerto confine che separa l'astrattezza dei principi dalla specialità delle regole. Sul punto, condivisibilmente G. Morbidelli, *Intorno ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, n. 3/2023, x, ha collocato il risultato all'interno dei principi "regole", che hanno ad oggetto specifiche fattispecie, trovando così diretta applicazione al caso concreto.

La semplificazione dei tempi per una azione amministrativa più celere, sinora attuata principalmente sull'attività di diritto pubblico, oggi fa espressamente ingresso, attraverso la materia dei contratti pubblici, anche nell'attività di diritto privato con il principio del risultato sul quale, giunti a questo punto, appare utile proporre qualche osservazione, limitatamente alla sua dimensione temporale.

3. *La dimensione temporale del principio del risultato: dalla conclusione della gara al completamento dell'opera o del servizio*

Con l'introduzione del principio del risultato nel Codice dei contratti pubblici il dibattito scientifico sul tema della c.d. "amministrazione di risultato" [26], che sembrava appartenere ad un passato "destinato ad allontanarsi sempre più velocemente"[27], ha trovato, in realtà, nuova linfa.

La *querelle* di allora si era concentrata in particolare sulla nozione di risultato che, come è stato rilevato, è "altamente problematica"[28] potendo essere o del tutto ovvia, o del tutto indeterminata[29]. La questione è stata sollevata dalla dottrina a partire dagli anni '90, che a lungo ha tentato di attribuire alla locuzione "amministrazione di risultato" e poi "amministrazione per risultati" un significato puntuale, oscillando tra chi tendeva a risolverla in figure già indagate dalla scienza giuridica e chi tentava di

[26] In dottrina, tra molti, si veda L. Iannotta, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, n. 1/1999, 57 e ss.; L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno (Macerata, 21-22 maggio 1999), Milano, 2000, 38 e ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 e ss.; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, *Annuario 2002*, 107 e ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. Immordino, A. Police (a cura di) *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004; L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1/2005, 1-51; A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2007, 63-78; M.R. Spasiano, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Vol. V, Napoli, 2020, 4845 e ss.

[27] S. Perongini, *Il principio del risultato*, cit., 517.

[28] L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato*, cit., 27.

[29] Come espone M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *www.astrid-online.it*, 2002.

renderla una categoria autonoma[30] lasciando il dibattito, ad oggi, sostanzialmente irrisolto.

Al concetto di risultato è stato attribuito, a seconda delle interpretazioni, un significato diverso: questo è stato configurato in termini aziendalistici, gli è stata attribuita valenza economica, è stato inteso come soddisfazione concreta dell'interesse pubblico o, ancora, come parametro di legittimità dell'azione amministrativa[31].

Le ricostruzioni della nozione di amministrazione di risultato non prendevano le mosse dal dato positivo, ma muovevano dall'enunciazione di elaborazioni teoriche e ciò è accaduto almeno fino ad oggi ove, per la prima volta, vi è una norma che menziona il risultato, contenuto nel principio – se tale può essere qualificato – di cui all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici.

Occorre chiedersi, tuttavia, se la codificazione del "principio del risultato", in cui la scelta semantica riecheggia proprio quel dibattito sull'amministrazione di risultato, abbia effettivamente a che fare con i modelli aziendalistici della pubblica amministrazione o con i concetti di legalità e di efficienza, potendo essere – come è stato osservato proprio da chi si è occupato approfonditamente del tema[32] – tutt'altro.

Anzitutto, il codice definisce puntualmente cosa debba intendersi per risultato, e ciò sembra che renda ormai superfluo qualsiasi sforzo di ricerca di una sua definizione. Inoltre, anche la dottrina ha ormai ammesso da tempo che i tentativi di una ricostruzione dogmatica della nozione di risultato approdano alla conclusione che questa tende a coincidere o con l'esito dell'azione amministrativa, o con il conseguimento dell'obiettivo prefigurato dalla legge, rendendo inautonoma la categoria.

Avviando la riflessione dalla lettura della definizione, l'art. 1 del Codi-

[30] Sul punto A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, cit., 67-68.

[31] Non è questa la sede utile per ripercorrere il dibattito sulla nozione di amministrazione di risultato. Un riferimento bibliografico essenziale resta, tuttavia, M. Immordino, A. Police (a cura di) *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., che raccoglie buona parte dei contributi più rilevanti sul tema, cui si rinvia.

[32] M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., 66, rileva che "secondo una certa accezione (alla quale chi scrive ha da sempre aderito), il risultato amministrativo non ha necessariamente a che vedere con i modelli aziendalistici, non risponde alla logica del risultato a tutti i costi, non si fonda in alcun modo sul baratto legalità-efficienza. Esso può essere tutt'altro, come dimostra, da ultimo, anche il testo dell'articolo 1 del Codice dei contratti".

ce dei contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Una perimetrazione del concetto di "risultato" dunque c'è, e consiste in doveri ben precisi che gravano in capo alle amministrazioni: aggiudicare e portare ad esecuzione il contratto con la massima tempestività.

Sembra così sufficiente una semplice operazione esegetica della norma per notare che i risultati da perseguire hanno una portata circoscritta, precisa e dunque non esattamente sovrapponibile rispetto al concetto più astratto di "amministrazione di risultato", in cui gli strumenti per il raggiungimento degli obiettivi prefigurati non necessariamente hanno a che fare con la trasposizione dei modelli aziendalistici nella pubblica amministrazione e con la managerializzazione del rapporto di pubblico impiego che mira a valorizzare la *performance* individuale, piuttosto che l'idoneità dell'azione amministrativa a perseguire il pubblico interesse.

Senza privare di originalità i precedenti sforzi ricostruttivi di cui non si disconosce la portata culturale, sembra potersi affermare che il risultato, secondo una visione sostanzialistica, oggi abbia una identità ben precisa, ossia l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, e che questo sembra essere altro, se la statuizione non è approssimativa, rispetto al concetto di amministrazione di risultato.

Tale convincimento, da intendersi riferito alla sola materia dei contratti pubblici, trae fondamento dalla circostanza per la quale il raggiungimento del risultato altro non sembra essere che la trasposizione, nel nostro ordinamento, del criterio del raggiungimento dei *milestone* e *target* previsti dal PNRR[33], che descrivono l'avanzamento e i risultati delle riforme e degli investimenti che il Piano si propone di attuare; il dato, d'altronde, è avvalorato dalla dottrina che già si è occupata di indagare sulla concomitanza tra il principio di risultato e il concetto di amministrazione di risultato, giungendo alla conclusione che il risultato configurato dall'art. 1 è la realizzazione dell'opera o l'espletamento del servizio. Quella dottrina

[33] Sull'avvertita necessità di ri-orientare il Codice dei contratti pubblici per riportare l'attenzione all'urgenza del contratto nella cornice offerta dal PNRR di procedere per obiettivi e risultati e sulla "magnifica ossessione" del legislatore verso il principio del risultato si veda A. Giusti, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2024, 561.

ha condivisibilmente osservato che l'amministrazione non deve più solo concludere le procedure ad evidenza pubblica, ma deve portare a completamento l'opera e deve erogare il servizio, e l'interesse pubblico perseguito (così lo definisce la Relazione al Codice) non è più l'aggiudicazione al miglior offerente, ma è la realizzazione dell'opera pubblica, l'erogazione del servizio e il conseguimento della fornitura[34].

Dalla lettura della definizione di risultato è possibile trarre, inoltre, due ulteriori deduzioni: la prima, già menzionata, è che dalla norma affiora la centralità della dimensione temporale del principio in questione, in cui l'interesse pubblico primario del Codice è l'esecuzione del contratto con la massima tempestività; la seconda è che la celere conclusione del contratto assume una rilevanza tale da porre in termini di strumentalità persino la concorrenza[35], che fino a qualche tempo fa costituiva una delle garanzie essenziali che la disciplina di settore dovesse perseguire.

A seguito della positivizzazione della nozione si può dunque accertare che il risultato, almeno nella materia dei contratti pubblici, consiste nell'ottenimento – e non solo nel perseguimento – di un'utilità che si concretizza con la realizzazione dell'opera pubblica o con l'erogazione del servizio entro tempi ragionevoli[36].

---

[34] Così S. Perongini, *Il principio del risultato*, cit., 523, e M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., 76. Entrambi gli A. osservano che il risultato ha una accezione concreta e specifica, ossia la realizzazione del contratto. Anche la giurisprudenza offre una lettura sostanzialistica del risultato: secondo il T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377, il principio "può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvengano obiettive ragioni che ostino al suo espletamento", sicché "nell'analisi dei casi concreti va considerata l'esigenza di garantire il conseguimento dell'obiettivo dell'azione pubblica […] essendo destinati a recedere quei formalismi ai quali non corrisponda una concreta ed effettiva esigenza di tutela del privato".

[35] Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812, afferma che "la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore costituiti "*dall'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*", come recita l'attuale art. 1 del nuovo codice di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023, in quanto "*La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti*".

[36] La giurisprudenza ha rimarcato la dimensione temporale del principio del risul-

4. *Il conseguimento del risultato in tempi ragionevoli è interesse pubblico o un criterio dell'azione amministrativa?*

Nonostante si sia chiarito che il principio di cui all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici ha dei connotati ben precisi e guarda, in particolar modo, al completamento dell'opera o del servizio in tempi ragionevoli, sembra tuttavia opportuno chiedersi, in aggiunta, se il risultato costituisca realmente, come è stato definito, un interesse pubblico da perseguire o se invece sia qualcosa di diverso.

L'interrogativo, scaturito dalla formulazione non proprio felice dei commi 1 e 4 dell'art. 1, sorge soprattutto dalla necessità di mettere a punto taluni concetti funzionali alla prosecuzione dell'indagine; è dunque opportuno chiarire se la qualificazione del risultato quale "interesse pubblico primario"[37] debba essere letta, come proponeva in passato la dottrina, come soddisfazione concreta dell'interesse pubblico, o se invece il risultato debba essere inteso come un mero criterio dell'azione della pubblica amministrazione.

L'operazione di collocazione del concetto di risultato e della sua dimensione temporale (quale principio centrale soprattutto per l'esecuzione dei contratti pubblici) entro i corretti parametri teorici non costituisce, per richiamare il titolo di un'opera di Raymond Queneau, un mero "esercizio di stile", ma rappresenta una operazione preordinata alla verifica circa le modalità di messa in atto da parte dell'amministrazione prima, e

---

tato non solo nella fase della gara, ma anche nella fase dell'esecuzione del contratto statuendo che "si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto". In termini, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924. Già Cons. Stato, Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322 e T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, 28 settembre 2023, n. 2171 avevano avuto modo di precisare che il risultato, oltre ad avere riguardo all'economicità e qualità della prestazione, ha a che fare anche con la rapidità, speditezza e tempestività della condotta amministrativa in materia di contratti pubblici.

[37] In questi termini la *Relazione agli articoli e agli allegati* predisposta dal Consiglio di Stato in sede di adozione dello schema definitivo Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1 della l. n. 78/2022, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"

dal giudice amministrativo dopo, del principio nella prassi applicativa.

La previsione contenuta nell'art. 1, comma 1, del Codice, secondo il quale le stazioni appaltanti e gli enti concedenti "perseguono" il risultato dell'affidamento del contratto, sembrerebbe per certi versi rievocare proprio il concetto di perseguimento dell'interesse pubblico, ma il successivo comma 4 nondimeno qualifica il risultato come un "criterio prioritario" per l'esercizio dei poteri discrezionali.

Proprio tale seconda lettura designa, con maggiore accuratezza, il risultato come un criterio dell'esercizio dell'azione amministrativa e, in effetti, sembrerebbe ragionevole ritenere che il risultato non coincida con l'interesse pubblico, ma rappresenti solo un criterio dell'agire amministrativo che può trovare applicazione nell'esecuzione della commessa pubblica.

Le ragioni che inducono a tale riflessione sono molteplici.

Anzitutto il risultato, pur avendo una portata innovativa sul piano culturale (e cioè come nuovo modo di agire della pubblica amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico, ove il criterio dell'agire amministrativo non si ritiene possa coincidere con l'interesse pubblico perseguito), altrettanto non può dirsi sul piano concettuale.

È possibile, infatti, effettuare un ancoraggio del principio alle categorie tradizionali, che priva il contenuto dell'art. 1 della sua portata ritenuta "rivoluzionaria"[38]: il concetto di risultato applicato all'azione amministrativa sembra essere riconducibile al già noto concetto di efficacia dell'azione amministrativa (che per l'appunto costituisce un criterio dell'agire amministrativo) e, comunque, a quello più ampio di buon andamento[39].

La non sostanziale differenza tra il criterio dell'efficacia dell'azione amministrativa e il principio di risultato varrebbe, oltretutto, non solo per l'attività di diritto pubblico, ma anche e soprattutto per l'attività di diritto privato di esecuzione del contratto. Così come l'operatività della dimen-

[38] Dubbi sulla convinzione che il principio del risultato costituisca una novità per il settore dei contratti pubblici vengono espressi, da ultimo, da E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4/2023, 829-862.

[39] Ravvedono nel principio del risultato una forma di attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1/2023, 149 e F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 8 giugno 2023.

sione temporale del principio del risultato si estende anche all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, in senso analogo il criterio dell'efficacia amministrativa si applica, mediante una lettura "a maglie larghe"[40] dei principi contenuti nei commi 1 e 1-*bis* dell'art. 1 della l. n. 241/1990, all'agire amministrativo secondo le regole del diritto privato.

Considerato che l'efficacia amministrativa consiste nella capacità dell'amministrazione di raggiungere il risultato sperato, e tale principio costituisce uno dei criteri generali dell'azione amministrativa, tale criterio sembrerebbe applicabile, di conseguenza, non solo nell'agire secondo le regole del diritto pubblico, ma anche nell'agire secondo le regole del diritto privato, che costituisce pur sempre attività funzionalizzata.

Se dunque l'efficacia – che è un criterio generale dell'azione amministrativa – richiede alla p.a. di raggiungere dei risultati, sembra di converso ammissibile ricondurre, per analogia di elementi costitutivi delle due nozioni, il principio del risultato disciplinato dal Codice dei contratti al principio, di portata generale, dell'efficacia dell'azione amministrativa disciplinato dalla l. n. 241/1990[41].

Un ulteriore spunto per il quale il risultato è un criterio e non può coincidere con l'interesse pubblico proviene dalla constatazione che non esiste un interesse pubblico unitario[42]: pur essendo indubbio che la realizzazione di un'opera pubblica auspicabilmente utile per la collettività possa astrattamente costituire la realizzazione dell'interesse pubblico "primario", occorre tuttavia rilevare che la conclusione del contratto, se può costituire per molti la concretizzazione di un dato assetto di interessi, ben

[40] A proposito dell'applicabilità dei principi contenuti nell'art. 1 della legge fondamentale sull'azione amministrativa all'attività di diritto privato dell'amministrazione F. Liguori, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in F. Liguori, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2019, 87, parla di disciplina pubblicistica "a maglie strette", riferibile all'attività provvedimentale, e di disciplina di principio, "a maglie larghe", riferibile anche all'attività di diritto privato.

[41] Sul rapporto tra i criteri dell'efficacia e dell'efficienza e il concetto di amministrazione di risultato si veda A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 40-117, spec. 62, ove l'A. criticamente rileva che il modello di amministrazione di risultato appare la trasposizione semplificata di un modello "più complesso".

[42] Spunto che proviene da S. Perongini, *Il principio del risultato*, cit., 521, il quale intuitivamente osserva che gli interessi secondari dei privati non possono essere propriamente considerati come altrettanti fini dell'azione amministrativa, e dunque come altrettanti risultati da raggiungere.

potrebbe lasciare insoddisfatti gli interessi di molti altri cittadini rispetto ai quali, dunque, l'amministrazione non avrebbe conseguito alcun risultato. La visione secondo la quale l'interesse pubblico primario sia il risultato amministrativo sembrerebbe lasciare poco spazio agli interessi secondari che entrano in contatto con il primo attraverso il gioco della ponderazione. Gli interessi secondari, dunque, non costituiscono ulteriori risultati da raggiungere, ma concorrono alla determinazione, caso per caso, dell'interesse primario.

Il concetto di ponderazione degli interessi, inoltre, evoca inevitabilmente il concetto di discrezionalità, che di certo non può essere relegata ad una visione unitaria di risultato e dunque ad una concezione rigida dell'interesse pubblico primario. Se così fosse, la discrezionalità amministrativa non avrebbe luogo, essendo la scelta già stata compiuta in sede politica. Non pare dunque del tutto rimessa al caso la scelta del legislatore di definire opportunamente il risultato come un "criterio", in aggiunta prioritario, per l'esercizio dei poteri discrezionali.

La lettura proposta, secondo la quale il risultato-efficacia è un criterio dell'azione amministrativa e non coincide con l'interesse pubblico si fonda, infine, su presupposti elaborati anche in sede di teoria generale: muovendo dall'assunto che il risultato è il criterio dell'efficacia, bisogna indagare sul significato che la teoria generale del diritto attribuisce al concetto di efficacia giuridica. Questa è stata definita come un valore condizionato, ossia una necessità assiologica che, in quanto tale, ha una portata generale ed astratta[43]; nel rapporto di condizionalità tra fatto ed effetto, che esprime un condizionamento assiologico reale, l'efficacia giuridica si concretizza quando produce un effetto, e tale effetto giuridico è la situazione giuridica in senso stretto[44]. In altri termini, l'efficacia giuridica

[43] Il valore di un determinato atto o comportamento umano è condizionato a un determinato fatto della realtà. Come spiega A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, 1965, Milano, 441, "se avviene il fatto, l'atto assume valore. Questo è un vero e proprio condizionamento. Ma mentre il fatto avvenendo entra nella realtà, l'atto non entra ancora nella realtà, entra soltanto nel piano dei valori".

[44] Sempre A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, cit., 455, chiarisce che "è chiaro che il fatto è la situazione condizionante del mondo, mentre l'effetto è l'interesse giuridico condizionato. Ma, per meglio definire la natura di questo condizionamento assiologico reale, occorre aggiungere che, mentre il fatto in quanto astratto tipo di situazione del mondo configura un ben determinato problema generale di vita e prospetta una definita costellazione di interessi individuali o collettivi in vario rapporto reciproco, l'effetto deve rappresentare una soluzione adeguata del problema e un armonico contemperamento

ha portata generale e plurisoggettiva, mentre l'effetto giuridico ha una portata sostanziale e soggettiva in quanto coincide con una situazione giuridica concreta.

Orbene, se la teoria generale separa l'efficacia giuridica dall'effetto giuridico, e se è vero che l'efficacia giuridica è un valore condizionato mentre l'effetto giuridico corrisponde al soddisfacimento di una situazione giuridica concreta, allora è vero che l'efficacia giuridica (che è il risultato o il risultato-efficacia) non può che essere separata dall'effetto giuridico (che è una situazione giuridica soggettiva ossia l'interesse pubblico), sicché, applicando i concetti al nostro ambito di indagine, il risultato amministrativo non può coincidere con l'interesse pubblico primario.

Quello che viene definito a livello epistemologico il "risultato" (o l'efficacia), dunque, non è altro che un criterio dell'agire sia di diritto pubblico che di diritto privato della pubblica amministrazione; un criterio che, in base alla sensibilità del legislatore di un dato momento storico, si indirizza al perseguimento di uno specifico interesse pubblico, ma non coincide con questo: fino a poco tempo fa era la concorrenza (e dunque l'azione imparziale, economica e trasparente), ora è la conclusione delle opere entro tempi certi e comunque ragionevoli[45]. Un risultato che però, pare opportuno aggiungere, non sia un "risultato a tutti i costi" e dunque *tamquam non esset*, ma un risultato che sia in qualche misura utile alla collettività, e che sia raggiunto nel momento più opportuno.

L'indirizzamento dei criteri dell'azione amministrativa verso uno specifico interesse da perseguire ne ha probabilmente provocato una

degli interessi in gioco". L'A. chiarisce successivamente che la "situazione giuridica in senso stretto o situazione di diritto è soltanto l'effetto giuridico. In più l'effetto giuridico è configurato come situazione in quanto nel suo concretarsi si riferisce a soggetti determinati" (477).

[45] Basti considerare che l'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 qualificava la concorrenza come principio per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti e delle concessioni, che non poteva essere in alcun modo limitata artificiosamente, mentre oggi l'art. 1, comma 2, del Codice dei contratti pubblici dispone che "la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti", atteggiandosi non più a bene primario da tutelare, ma a strumento. Sul punto Cons. Stato, Sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896, in *Foro Amm.*, n. 10/2023, 1296, ha precisato che "la tutela della concorrenza rappresenta un mezzo, e non un fine rispetto allo scopo di «conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti»".

estremizzazione, a tal punto da far coincidere indebitamente i criteri con gli interessi[46].

5. *La tempestività della conclusione del contratto oltre le garanzie della forma*

Una riflessione critica sull'uso che l'amministrazione fa del suo tempo per svolgere la gara, stipulare il contratto e portarlo a conclusione entro tempi ragionevoli ricorrendo al criterio (e dunque non all'interesse) del risultato può essere espressa in maniera consapevole solo se si tiene conto, oltre che degli aspetti teorici sinora commentati, anche del dato empirico. Se, come osservava Pugliese, l'astrattezza teorica e la concretezza esegetica si susseguono e si intrecciano[47], risulta certamente utile indirizzare l'attenzione verso una breve analisi circa l'applicazione concreta che la

[46] Il ricordo va al monito di F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, n. 11-12/1997, 3306-3308, sull'inammissibilità – in circostanze ben diverse da quella in esame, ma il cui pensiero pare comunque attuale e adattabile all'oggetto della presenta indagine – di "barattare" la legalità con l'efficienza. Nello scritto l'A. precisa che l'efficienza costituisce un dato di ordine economico nel rapporto tra costi e risultati, mentre la legalità attinge al mondo dei valori; il ridimensionamento del principio di legalità, spiega, "non può trovare un accettabile compenso in un miglioramento del rapporto costi-ricavi e profitti". L'autorevole A. si avvale della dottrina degli economisti per evidenziare il carattere economico del criterio di efficienza, e il tratto di stampo non propriamente giuridico si rinviene anche nel criterio di efficacia, come d'altronde emerge nella proposta di legge della Camera dei Deputati, n. 1218, presentata il 24 luglio 1987, in cui in apertura si legge che "la strutturale inadeguatezza della pubblica amministrazione italiana al perseguimento degli obiettivi affidati dal sistema decisionale politico (inefficacia) e la diseconomia del rapporto tra risorse di vario genere da essa impiegate e le *performances* realizzate (inefficienza) costituiscano una premessa ricorrente delle ipotesi di riforma prodotte in questi anni dalla cultura amministrativa, non solo di impostazione giuridica". Il concetto di efficacia, poi, in un certo punto della relazione introduttiva, viene accostato a quello di "imprenditorialità".

[47] F. Pugliese, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/1999, 615, il quale auspicava che "quella non perda di vista la realtà e questa non si esaurisca nel particolare". Anticipando qualcosa che verrà compiutamente trattato nei paragrafi successivi, sembra proprio che le preoccupazioni di Pugliese si siano avverate: il legislatore, perdendo di vista il faro dell'astrattezza e generalità della norma, si è forse calato troppo nella realtà mentre il giudice, con la complicità del legislatore, esercita il proprio sindacato sull'amministrazione, finanche sostituendosi a questa attraverso la dettatura della "regola del caso concreto" (per riprendere il dettato dell'art. 1, comma 4, del Codice dei contratti pubblici).

giurisprudenza fa del concetto di tempestività contenuto nel principio-criterio del risultato per dirimere le controversie mediante l'individuazione prima, e l'applicazione dopo, della "regola del caso concreto".

Da una rassegna della giurisprudenza emerge un primo indirizzo[48] secondo il quale il principio del risultato sarebbe "già immanente nel sistema", sicché la tutela della concorrenza e del mercato non devono trasmodare in un pregiudizio per l'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività. Attraverso questa lettura, il Consiglio di Stato introduce due concetti che mettono in risalto la portata del potere esegetico che il giudice amministrativo esercita sul precetto normativo: il primo elemento è che attraverso la caratteristica della c.d. "immanenza" del principio del risultato nell'ordinamento, il giudice fa si che tale principio possa trovare applicazione anche per le procedure ad evidenza pubblica bandite prima dell'entrata in vigore del novello Codice applicando, di fatto, una norma che altrimenti non avrebbe trovato applicazione secondo il principio del *tempus regit actum*; il secondo elemento è quello della strumentalità (e dunque della recessività) della forma rispetto al risultato ogni qualvolta non sia in discussione la partecipazione delle imprese alla gara[49].

Il giudice si avventura poi in una operazione che è certamente elogiabile in quanto cerca di porre un limite alle censure, talvolta eccentriche, degli operatori economici esclusi dalle gare, ma che pare porsi sul fuggevole confine tra ermeneutica giuridica e creazionismo giudiziario, spingendosi fino ad affermare che l'idea secondo la quale il giudizio sia la sede per accertare la spettanza della commessa pubblica all'impresa che, se si fossero pedissequamente applicate tutte le regole procedurali, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione, "trascura la strumentalità delle forme e la

[48] Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812. Applicano le disposizioni del d.lgs. n. 36/2023 come "supporto interpretativo" idoneo a risolvere le controversie per le quali trova applicazione il d.lgs. n. 50/2016 Cons Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; Id., 9 giugno 2023, n. 5665; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377.

[49] Cons. Stato, Sez. III, n. 9812/2023, cit., secondo cui "il "formalismo" delle procedure di gara […] si impone e prevale ogni qual volta sia in discussione la partecipazione delle imprese del settore ad armi pari al concorso per conseguire le commesse pubbliche". La statuizione non convince appieno sia perché il rispetto della forma garantisce la correttezza, trasparenza e dunque la legalità dell'azione dell'amministrazione e dell'operatore economico, sia perché la questione intorno alla possibilità per l'operatore economico di partecipare alla gara sembra tutt'altro che una questione di forma.

considerazione che il risultato formalisticamente "corretto" non sempre e necessariamente […] si identifica con il risultato sostanzialmente giusto, che è soprattutto quello che correttamente riconosce e premia il prodotto oggettivamente migliore, che dunque può assicurare il risultato del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo".

Una visione, quella del giudice, che forse trasfigura la forma da garanzia a formalismo nocivo[50], e oltretutto è noto che, da qualche tempo, laddove vi sia semplificazione dell'attività amministrativa la garanzia della forma, che nell'immaginario comune si pone in astratta tensione con il risultato amministrativo[51], è la prima cosa alla quale si sceglie di rinunciare.

In altra circostanza il giudice ha qualificato il risultato come "principio ispiratore"[52] della disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici. Si tratta di un principio "sovraordinato agli altri" e considerato "quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale"[53].

Le argomentazioni di questa giurisprudenza, per le quali la sostanza prevale sulla forma e che dunque non può vanificare l'azione amministrativa, pur rispondendo alla *ratio* sottesa alle misure di semplificazione di cui si è disquisito in apertura del presente lavoro, sembrano portare con sé diverse criticità. Se per un verso l'applicazione che la giurisprudenza fa del principio del risultato rappresenta una soluzione al problema dei ritardi nell'esecuzione del contratto a tutela dell'interesse all'ultimazione delle opere pubbliche, dall'altro rappresenta un potenziale fattore di crisi per la tutela di altri interessi, tra cui quello di vedere soddisfatta la domanda di chi chiede giustizia.

La necessità di evitare che l'azione amministrativa sia vanificata dai formalismi sembra, per certi versi, richiamare alla mente una vecchia

[50] Così V. Brigante, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Napoli, 2022, XI.

[51] Per una critica all'idea che la forma rappresenti un impedimento per il raggiungimento dei risultati si rinvia a V. Brigante, *Garanzie della forma*, cit., 133 e ss.

[52] Cons. Stato, Sez. V, n. 1924/2024, cit.

[53] In senso analogo, T.A.R. Campania-Napoli, n. 377/2024, cit., di cui il passaggio rilevante è già citato nella nota n. 27, alla quale si rinvia, afferma che il principio del risultato può essere declinato nel senso di privilegiare la tempestività dell'azione amministrativa ed evitare che l'azione amministrativa sia vanificata nei casi in cui non si rinvengano ragioni obiettive che ne ostino l'espletamento.

vicenda relativa al comma 2 dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, ove la giurisprudenza aveva creato, per via interpretativa, la regola secondo la quale l'onere della prova sull'utilità della partecipazione del privato al procedimento spetta a quest'ultimo, allorquando la norma prevede invece che sia l'amministrazione a dover dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato[54].

Analogamente a quella vicenda e sulla scorta della giurisprudenza analizzata, non è insolito immaginare che il ricorrente che non risulterà eventualmente vincitore della gara non solo dovrà dimostrare la fondatezza della doglianza circa la violazione di una regola formale prevista dalla *lex specialis*, ma dovrà dimostrare, in più, che tale violazione, pur se esistente, non costituisce un mero formalismo ma lede concretamente il proprio interesse ad aggiudicarsi la commessa.

Il superamento dei formalismi, se per certi versi garantisce il raggiungimento tempestivo del risultato, nondimeno rimette indebitamente a carico del ricorrente che domanda tutela giurisdizionale l'ulteriore onere probatorio (talvolta diabolico) di dimostrare l'utilità, anche per l'interesse pubblico primario, delle proprie pretese. L'argomentazione del giudice sembra, in definitiva, operare un confronto ad armi impari tra la tutelabilità degli interessi individuali e l'interesse generale all'osservanza delle regole, in cui il secondo raramente avrà la meglio sul primo[55].

E non può certo dirsi che l'invenzione di siffatta regola fosse necessaria per evitare che le mere violazioni formali potessero rallentare inu-

---

[54] Sul punto si veda F. Saitta, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2024, 310 e ss., cui si rinvia anche per un approfondimento della questione dell'inversione dell'onere della prova nei giudizi per l'annullamento dei provvedimenti alla luce dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/1990 dopo la riforma del 2005. In senso analogo, A. Cassatella, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di "*Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*" di Massimo Luciani*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2024, 252, osserva che non sembra peregrino ipotizzare che il principio del risultato possa essere utilizzato "per giustificare una interpretazione estensiva dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/1990 alle procedure di scelta del contraente, con l'attenuarsi delle garanzie procedimentali in tutti i casi in cui sia necessario procedere alla sollecita conclusione della procedura e non interferire con l'esecuzione del contratto".

[55] A. Cassatella, *Separazione dei poteri*, cit., 251. Critico rispetto alla sacrificabilità dell'interesse ad una tutela giurisdizionale effettiva dinanzi al pericolo di frenare o rallentare l'azione amministrativa è anche G. Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *federalismi.it*, n. 14/2024, 258.

tilmente la procedura ad evidenza pubblica con il conseguente rischio di vanificare il raggiungimento del risultato. Una norma che persegue tale fine (tra l'altro non nuova) già c'è, ed è l'istituto del soccorso istruttorio[56] che, a differenza della logica contraria ai formalismi proposta dalla giurisprudenza per il principio del risultato, trova applicazione esclusivamente per una serie tassativa di casi; mentre il soccorso istruttorio può dunque applicarsi solo per integrare elementi mancanti della documentazione o per sanare omissioni o inesattezze della domanda di partecipazione alla procedura di gara (o del DGUE e ad ovvia esclusione dell'offerta tecnica e l'offerta economica), la logica antiformalistica che la giurisprudenza ricava mediante la propria attività interpretativa del principio del risultato potrebbe potenzialmente applicarsi ad una serie indefinita di casi, all'esito di un giudizio di opportunità (e dunque discrezionale) rimesso alla valutazione del giudice amministrativo.

Pare ci si trovi dinanzi ad uno di quei casi in cui il passaggio dall'attività interpretativa per fattispecie, di norme più o meno chiare, ad una attività interpretativa per principi[57] – la cui formulazione ampia rende imprevedibile la sua interpretazione giudiziaria applicata al caso concreto – potrebbe dare luogo alla formazione di ampi margini di discrezionalità del giudice[58], un terreno fertile dal quale è prevedibile che germogli il seme del creazionismo giudiziario.

[56] Come d'altronde riconosce T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 4 giugno 2024, n. 2096, declinando l'istituto alla luce del principio del risultato.

[57] Da ultimo, A.G. Orofino, *Riflessioni conclusive*, in *Le juge administratif et ses pouvoirs. Il giudice amministrativo e i suoi poteri*, a cura di A.G. Orofino, O. Renaudie, Milano, 2024, 145, parla di "fattualità" del diritto amministrativo a proposito dell'attività del giudice di elaborare casisticamente, a partire dai principi, le "norme del caso concreto", allorquando ci si trovi in ambiti non occupati dalla legge.

[58] Sulla discrezionalità del giudice e sulla distinzione tra il compito del giudice e quello del legislatore e nelle teorie di Dworkin e Hayek si rinvia a F. Viola, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987, 167 e ss.

6. *Dalla discrezionalità dell'amministrazione alla discrezionalità del giudice-legislatore: considerazioni conclusive intorno al "problema amministrativo" dinanzi all'assenza di tempo*

Ricomponendo il complesso quadro che sinora si è tentato di raffigurare, l'indagine condotta consente di affermare che il risultato è un criterio dell'azione amministrativa (e dunque non coincide con l'interesse pubblico) al quale si ricorre "in via prioritaria" nella fase pubblicistica di aggiudicazione della gara in modo da giungere nei tempi giusti alla realizzazione dell'opera, evitando così che la rigorosa osservanza degli "inutili formalismi" rallenti il mercato dei contratti pubblici.

Se, tuttavia, si prova ad effettuare un bilancio conclusivo sulla portata complessiva del Codice dei contratti pubblici e lo si confronta con l'obiettivo generale di valorizzazione della discrezionalità amministrativa, affiorano ancora molte perplessità.

Non vi è dubbio che la discrezionalità amministrativa, pur dovendo tenere costantemente a mente la natura prioritaria del risultato risulta, tutto sommato, valorizzata: il termine di conclusione dell'agire amministrativo, pure se predeterminato dalla legge, è una misura determinativa con la quale il legislatore decide la quantità di decorso necessario del tempo per la produzione di una conseguenza giuridica; tale determinazione dello spazio e del tempo dell'azione amministrativa nella legalità, in cui la norma attributiva dei poteri delinea i contorni del potere e dunque un limite[59] non incide, in sé, sulla valutazione sul *quando* circa l'esercizio del potere, che resta nell'area delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione. La discrezionalità dunque c'è, anche se questa si muove, rispetto al passato, entro confini più ristretti.

Anche nel tempo dell'esecuzione del contratto (di cui si è già sottolineata la centralità) pur non potendosi parlare propriamente di discrezionalità – salve le ipotesi di sopravvivenza di poteri pubblicistici, come nel caso dei rapporti concessori – sembra permanere un margine di autonomia dell'amministrazione non esattamente discrezionale, bensì negoziale[60] e che dunque si muove nell'area del diritto privato.

---

[59] Sui termini dettati dal legislatore quale limite normativo alla discrezionalità nel *quando* si veda A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel* quando, Bari, 1988, in particolare 49-80.

[60] Parla di valorizzazione dell'autonomia contrattuale dell'amministrazione A. Giusti, *Al centro del risultato*, cit., 570-571. Secondo l'A., per come è impostato l'attuale impianto codicistico, il risultato costituisce la "causa" del contratto.

Se il Codice richiede che l'amministrazione porti a completamento le opere pubbliche con la "massima tempestività", questa ben potrà ottenere il risultato o attraverso la determinazione, a proprio giudizio, dei tempi massimi dell'esecuzione mediante esercizio dei poteri privatistici di libertà di determinazione del contenuto del contratto, nei limiti imposti dalla legge, *ex* art. 1322 c.c., o attraverso la predeterminazione discrezionale, prima dell'avvio della gara, dei tempi massimi di esecuzione. Nondimeno, il diritto privato della pubblica amministrazione serve proprio a portare a esecuzione scelte discrezionali già compiute[61].

Per tempestività si intende, infatti, la caratteristica di una data attività che viene eseguita al momento più opportuno[62], ed è dunque collegata ai concetti di opportunità e di utilità[63]; tale valutazione di utilità/opportunità, pur se non effettuata autoritativamente, nondimeno pare che possa essere ugualmente effettuata dall'amministrazione in un momento successivo, mediante l'esercizio delle proprie prerogative di libertà di determinazione del contenuto del contratto.

In effetti il Codice riconosce all'amministrazione, quale unico soggetto in grado di decidere la proporzionalità temporale[64] della propria azione,

---

[61] F. Liguori, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in F. Liguori, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità*, cit., 95.

[62] Il vocabolario online della Treccani definisce la tempestività come "l'essere tempestivo; il giungere o l'essere fatto a tempo opportuno".

[63] F. Merusi, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, n. 2/2023, 220-221, osserva che nonostante i tempi dell'azione amministrativa si siano accorciati, per la discrezionalità amministrativa rileva comunque il quando adottare determinati provvedimenti che, in un ciclo economico in cui è parte anche l'amministrazione, devono essere "tempestivi", cioè consoni alle finalità che si intendono raggiungere nel mercato. L'A. sottolinea così che "il mezzo utilizzato deve essere proporzionato al fine da raggiungere e perciò emanato in tempi consoni al fine. Secondo lo schema classico del potere discrezionale nel quando". Sul rapporto tra proporzionalità e risultato nei contratti pubblici si veda M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato*, in *federalismi.it*, n. 24/2023, 230. L'A. osserva che la proporzionalità va intesa come garanzia di un ragionevole equilibrio tra mezzi utilizzati e fini perseguiti, che a sua volta implica il principio di strumentalità "delle forme alla rispondenza ad un interesse sostanziale dell'amministrazione".

[64] M. Mazzamuto, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, n. 7-8/1993, 1741, ritiene che la proporzionalità temporale non esima la pubblica amministrazione dall'obbligo di espletare quanto prima le attività che le competono.

la facoltà di valutare il momento "giusto" in cui intervenire, e dunque il momento più "utile", e tale valutazione sembra possa valere sia per la fase pubblicistica, sia per la fase privatistica della commessa pubblica.

L'impianto codicistico appare dunque coerente rispetto agli obiettivi che le riforme di semplificazione dell'azione amministrativa si erano prefigurati, almeno fino a quando non si compie una più attenta analisi delle disposizioni processuali che, nel trambusto delle riforme legate al Codice dei contratti pubblici, sono finora passate inosservate e dalla dottrina scarsamente indagate.

Tra le norme più interessanti vi è l'art. 121 c.p.a., modificato dall'art. 209 del Codice dei contratti pubblici, secondo il quale il contratto resta efficace, anche in ipotesi di gravi violazioni elencate al comma 1, qualora si accerti che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti: se nella precedente formulazione era rimessa al giudice la facoltà di considerare, solo in circostanze eccezionali, gli interessi economici come "esigenze imperative" per la sopravvivenza del contratto, ora sia tale facoltà valutativa, sia l'eccezionalità della circostanza vengono espunte dalla norma per diventare la regola sicché, come recita il comma 3, "gli interessi economici sono presi in considerazione come esigenze imperative"[65].

Il giudice, dunque, parrebbe non godere più di alcun margine di valutazione sul punto, atteso che il legislatore ha già compiuto a monte la scelta di qualificare l'interesse economico come interesse prevalente, seguendo la linea direttrice del risultato. Anche dalla lettura del nuovo comma 2 dell'art. 121 c.p.a., traspare l'esigenza di fare presto e garantire, per quanto possibile, la sopravvivenza del contratto: il giudice, nel valutare le censure, la condotta delle parti e la situazione di fatto, ha ora l'onere di precisare "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".

Ma la ripresa del concetto di risultato, che per oltre tre decenni era stato riposto nel cassetto ed ora improvvisamente rispolverato e l'applicazione che la giurisprudenza ne ha fatto nella stagione delle riforme del PNRR, in cui occorre rispettare i tempi dettati dalla pianificazione econo-

[65] La precedente formulazione della norma prevedeva invece che gli interessi economici "possono essere" presi in considerazione come esigenze imperative "solo in circostanze eccezionali".

mica per l'erogazione delle risorse, sono tutti elementi che stimolano una riflessione più profonda sulla ragione sottesa agli interventi di riforma che hanno riguardato, contestualmente, sia il Codice dei contratti pubblici sia il Codice del processo amministrativo.

Come emerge dalla lettura delle prime righe della relazione illustrativa dello schema di Codice, la ragione per la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha ritenuto di non avvalersi della sola funzione consultiva, ma di delegare addirittura al Consiglio di Stato la predisposizione del progetto di Codice[66] è prescritta dalla necessità di attuare "un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza"; la centralità della programmazione economica delle riforme emerge anche in materia di contenzioso relativo ad opere finanziate con fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ove il legislatore ha imposto, per di più, in capo al giudice uno specifico onere motivazionale circa la compatibilità dell'eventuale misura cautelare con il rispetto dei termini previsti dal PNRR[67].

Dinanzi a tale consistente delega di funzioni, all'attuale impianto normativo e alla luce della concreta applicazione giurisprudenziale del criterio del risultato, che invero sembra essere più utile al giudice per indirizzare l'attività amministrativa che all'amministrazione stessa[68], pare ci si trovi dinanzi al fenomeno di tensione che si genera da quella che Cassese definirebbe come la "tripolarità giudice-legislatore-esecutivo"[69], ove il giudice

[66] Il "più antico ruolo del Consiglio di Stato", ossia quello di consulente del Governo, ha subito recentemente un rilancio significativo, come osserva L. Torchia, *Funzione consultiva e cultura amministrativa: un bilancio di fine legislatura*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2018, 129. M. Cecili, G. Vosa, *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2023, 275, mettono in evidenza il rilievo di tale delegazione, in cui è stato inserito "addirittura proceduralmente il Consiglio di Stato nella scrittura di atti legislativi".

[67] L'art. 12-*bis*, comma 2, del d.l. n. 98/2022 dispone che "nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR". Secondo G. Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato*, cit., 255, il legislatore sembrerebbe indirizzarsi verso la prevalenza del risultato sulle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale in sede cautelare.

[68] Il Giudice compie una assai problematica funzione sussidiaria ad un'amministrazione spesso inefficiente in un sistema nel quale "ogni attore recita la parte dell'altro". Sul tema F. Liguori, *Titoli edilizi illegittimi e giudice penale*, in *Riv. Giur. Edil.*, n. 3/2024, 236, con rinvio alla dottrina citata nelle note 6 e 7.

[69] S. Cassese, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2020, 342.

amministrativo "protagonista"[70] svolge funzioni di supplenza al legislatore prima, e funzioni di guida e indirizzamento dell'attività amministrativa dopo[71], servendosi, oltretutto, del carattere "polifunzionale"[72] della sentenza.

Non stupisce, oltretutto, l'intenzione del legislatore di attribuire al potere giudiziario maggiore incisività sull'attività amministrativa, piuttosto evidente nel principio della fiducia, in cui si prevede che il funzionario pubblico è esente da colpa grave ove agisca tenendo conto degli "indirizzi giurisprudenziali prevalenti".

Nello scenario della crisi dell'amministrazione, che non ha né le capacità tecniche, né tempo a sufficienza per attuare le riforme, l'operazione congegnata è tra le più sofisticate, ma sotto gli occhi di tutti: il risultato, da principio enunciato al comma 1 diviene, come detto, criterio al comma 4. Il "criterio prioritario" viene dunque previsto dal legislatore come parametro guida nell'esercizio dei poteri discrezionali dell'amministrazione, ma la formulazione semantica di una norma nondimeno costituisce anche la base dalla quale prendere le mosse per interpretare il precetto normativo sicché il giudice amministrativo, nel sindacare l'attività dell'amministrazione, è chiamato ad interpretare ed applicare in giudizio una norma che ha già compiuto, a monte, una scelta politica di carattere discrezionale di assurgere il risultato e la sua dimensione temporale a criterio prioritario nel bilanciamento degli interessi.

È sul concetto di priorità-tempestività, infatti, che la giurisprudenza fa leva per individuare l'interesse meritevole di tutela nella ponderazione tra il completamento dell'opera e il rispetto della forma per la legalità dell'azione amministrativa.

Ciò disvela anche la *ratio* dell'art. 4 – che rientra tra le norme a cui è maggiormente difficile attribuire la natura di principio – in virtù del quale

---

[70] Sul protagonismo giudiziario nell'applicazione della legge M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 147 e ss.

[71] O, come è stato osservato da G. Tropea, *L'effettività "equitativa" della decisione del giudice amministrativo: il caso della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza*, in *Dir. proc. amm.*, n.4/2023, 708-709, "il giudice, nel redivivo Stato amministrativo dove si amministra pure con la legge e con la sentenza, si sostituisce sia alla legge che all'amministrazione".

[72] Così, a proposito delle sentenze del giudice amministrativo che non si limitano a fare stato tra le parti ma condizionano anche l'attività amministrativa, S. Valaguzza, *La polifunzionalità delle sentenze del giudice amministrativo. Orientamenti giurisprudenziali e scelte delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2024, 427-451.

"le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3". L'attività esegetica dell'amministrazione, così come quella del giudice amministrativo – che ora gode di un sindacato più pregnante sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione[73] – sono condizionate, dunque, dal "superprincipio" del risultato e dalla necessità di fare presto[74].

Non per nulla, proprio di recente il Consiglio di Stato, nel chiarire che non vi sarebbe tensione alcuna tra il principio del risultato e il principio di legalità[75], ha affermato che "il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili"[76].

Ma la scelta politico-discrezionale sulla priorità del risultato intesa quale esigenza di completamento dell'opera, che condiziona non di poco la discrezionalità amministrativa, è stata compiuta dal potere giudiziario non già nell'esercizio della funzione che usualmente gli appartiene, ossia

---

[73] L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, n. 1/2023, 12, osserva che l'art. 4 "fissa in modo inequivoco il criterio per le valutazioni discrezionali del soggetto procedente", così da rendere suscettibile di sindacato giurisdizionale la decisione discrezionale dell'amministrazione.

[74] M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, n. 9/2024, 220, legge l'art. 4 come una chiave di lettura ermeneutica dell'intera disciplina dei contratti pubblici; come osserva l'A., "tra due o più possibili interpretazioni, quella volta ad agevolare il conseguimento del risultato dovrà prevalere".

[75] I Giudici di Palazzo Spada ribadiscono che i contratti pubblici non sono solo mezzi che consentono alle pubbliche amministrazioni di procurarsi beni o erogare servizi, ma si tratta di strumenti "a plurimo impiego", funzionali all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato, e dunque strumenti plurifunzionali di politiche economiche e sociali, "con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente"; in tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807; Id., Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322. La positivizzazione del principio del risultato nel Codice non "avrebbe sancito il primato logico dell'approvvigionamento" in quanto "tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenza dalla logica del risultato "statico" di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all'amministrazione"; in termini Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

[76] Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; Id., Sez. IV, 2 maggio 2024, n. 3985.

quella giurisdizionale, ma nell'esercizio eccezionale della funzione legislativa, in cui ha operato scelte, formulato indirizzi e interpretato interessi[77]. Le funzioni dei "tre signori del diritto"[78] vengono dunque esercitate da un unico soggetto, e ciò consente al potere giurisdizionale (da tenere separato dalla funzione propriamente giurisdizionale) di guidare l'attività amministrativa attraverso il proprio sindacato senza che possa parlarsi di ipotesi di giurisdizione di merito o di invadenza nel campo dei poteri discrezionali non ancora esercitati, ma operando nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

Si può parlare, dunque, di un creazionismo giudiziario "mascherato", che condivide con il già noto creazionismo giudiziario[79] la giustizia del caso concreto[80], un fenomeno che rischia, come già accennato a proposito del carattere di recessività dei formalismi dinanzi al risultato, per creare ingiustizia[81] e privare di tutela gli interessi collegati al rispetto formalistico delle regole; non sembra infatti essere rimessa al caso la scelta del legislatore di assurgere il risultato a criterio prioritario, oltre che per l'esercizio del potere discrezionale, anche per "l'individuazione della regola del caso concreto".

La positivizzazione delle regole ad opera del potere giudiziario in funzione normativa – come già accaduto in passato con la delega al Consiglio di Stato per la predisposizione del Codice del processo amministrativo, prevista dall'art. 44, comma 4, della l. n. 69/2009 – non costituisce altro che la "ratifica" di un indirizzo già sorto nella prassi giurisprudenziale.

Il creazionismo si cela dunque dietro la funzione legislativa: il giudi-

---

[77] Per richiamare una espressione di S. Cassese, *L'attività consultiva del consiglio di stato in materia di norme*, in *La Revue administrative*, n. 8/1999, 53.

[78] R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro It.*, n. 3/2017, 116.

[79] Su cui si veda P. Portaluri, *La cambiale di Fortshoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

[80] Come ricorda A. Cassatella, *Separazione dei poteri*, cit., 255, quanto più la soluzione della controversia "è l'esito di valutazioni contingenti di una giustizia del caso concreto", tanto maggiore è l'imprevedibilità delle decisioni.

[81] F. Di Ciommo, *Sulla giustizia ingiusta (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto): la vicenda emblematica delle nullità negoziali*, in *Foro It.*, n. 9/2018, 254, osserva che la giurisprudenza creativa diviene anche giurisprudenza incerta in quanto rimessa alla "volontà del giudice del caso concreto". L'A. ritiene, dunque, che tale fenomeno finisce per creare ingiustizia in quanto la legge non ha una applicazione uguale per tutti i consociati.

ce-legislatore, scrittasi la regola[82] affinché potesse sindacare pienamente l'attività discrezionale della pubblica amministrazione rimanendo entro i confini del sindacato di legittimità, diviene giudice amministratore[83] e interpreta e applica le norme codicistiche per valutare, caso per caso, se il formalismo è trascurabile e se si può fare a meno di rallentare i tempi di esecuzione del contratto[84].

Il giudice amministrativo entra così "nel terreno della mediazione fra interessi"[85] per colmare il deficit di efficienza dell'amministrazione[86] e bilancia le conseguenze economico-sociali[87] del proprio intervento dapprima attraverso l'esercizio di un ruolo politico e poi modulando, all'occorrenza, gli effetti della sentenza.

Non è nuova la prassi di ricorrere all'antidoto dell'intervento in supplenza del giudice amministrativo[88] per curare la malattia della paura

---

[82] M. Cecili, G. Vosa, *La funzione normativa*, cit., 276, sottolineano che "appare una stranezza che il titolare della funzione nomofilattica sul testo sia coinvolto, e neppure marginalmente, nella stesura del progetto in uno degli ambiti che crea più conflitto giudiziario".

[83] S. Cassese, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. Pasquini, A. Sandulli, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2011, 3 e ss.; di recente L. Saltari, *I giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2023, 293-333.

[84] A. Giusti, *La «manomissione delle parole»: sentenza di annullamento e decisione amministrativa*, in *La decisione amministrativa*, a cura di R. Ursi, M. Renna, Napoli, 2021, 334, evidenzia come l'urgenza di preservare il risultato finale, in cui vi è anche il mantenimento del contratto, fa si che il fine principale della tutela giurisdizionale non divenga tanto la rimozione del provvedimento illegittimo, quanto piuttosto evitare che "dalla sua caducazione derivino conseguenze peggiori".

[85] In questi termini P. Duret, *La "nomotesia": spigolature sul Consiglio di Stato come* conditor juris, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2024, 35. Coglie l'intenzione del legislatore di investire il giudice anche della cura dell'interesse pubblico anche G. Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato*, cit., 250.

[86] A. Giusti, *La «manomissione delle parole»*, cit., 334, a proposito del giudice che di recente è tornato a rivendicare una ulteriore funzione sociale oltre quella, potremmo dire, giudicante.

[87] Così A. Cassatella, *La modulazione degli effetti delle sentenze amministrative ed i limiti delle creatività giudiziale*, in *Le juge administratif et ses pouvoirs*, a cura di A.G. Orofino, O. Renaudie, cit., 135.

[88] L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2019, 190-191, osserva che "al giudice si finisce per chiedere, di conseguenza, un'opera di supplenza e rimedio ad insufficienze altrui, che a volte può anche andare oltre i limiti del sindacato giurisdizionale".

di amministrare[89] e non si vuole certo stigmatizzare il fenomeno della creazione del diritto per mano dei giudici, sia perché nell'esercizio della funzione giudiziale l'interpretazione è sempre, in qualche misura, creativa[90], sia perché anche la funzione consultiva ha, pur sempre, fondamento nella legge[91].

Occorre nondimeno disegnare, una volta terminata l'attuale situazione di urgenza, un rapporto equilibrato tra giudice e legislatore[92] e provare a ristabilire l'ordine dei poteri; diversamente, per la risoluzione del problema amministrativo, specie se non c'è tempo, si continuerà a ricorrere al meno elegante degli interventi che il legislatore possa attuare attraverso le misure di semplificazione: sostituendo l'amministrazione con altro.

[89] Sulla codificazione dei principi per scongiurare la "paura della firma" F. Vetrò, *Spunti introduttivi alla sistematica dei principi e delle regole dei contratti pubblici*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, n. 2/2024, 379-404. Sul tema, in generale, S. Tuccillo, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e "paura di amministrare"*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2020, 746.

[90] R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore*, cit., 118.

[91] La l. n. 78/2022 riconosce al Governo la facoltà, poi esercitata, di avvalersi del Consiglio di Stato per la stesura dell'articolato normativo secondo quanto previsto all'art. 14, comma 2, del regio decreto 26 giugno 2024, n. 1054.

[92] F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2022, 533.

Abstract

Le recenti misure di semplificazione dell'attività amministrativa puntano a ridurre i tempi delle gare e, soprattutto, a procedere in maniera spedita nella fase di esecuzione del contratto, al fine di perseguire un risultato utile e qualitativamente apprezzabile in tempi ragionevoli.

Dietro le misure di semplificazione spesso si cela, specie durante le stagioni di crisi in cui occorre implementare la capacità amministrativa, il rischio di porre in essere mere attività di "taglio" di talune funzioni amministrative, con la conseguenza di incidere sull'esercizio del potere amministrativo; un potere indirizzato al perseguimento dell'interesse pubblico che, dinanzi alla formulazione indeterminata di taluni principi e alla recente previsione di nuovi criteri interpretativi per il sindacato del giudice amministrativo sull'attività amministrativa rischia, di fatto, di essere soppiantato da forme di "amministrazione giudiziaria".

Time and results in public administration contracts

Recent measures to simplify administrative activities aim to reduce the time required for tenders and, above all, to proceed swiftly in the contract execution phase in order to pursue a useful and qualitatively appreciable result within a reasonable timeframe.

Behind the simplification measures is often concealed, especially during times of crisis when administrative capacity needs to be implemented, the risk of merely 'cutting' certain administrative functions, with the consequence of affecting the exercise of administrative power; a power aimed at pursuing the public interest that, in the face of the indeterminate formulation of certain principles and the recent provision of new interpretative criteria for the administrative judge's review of administrative activity, risks, in fact, being supplanted by forms of "judicial administration".

La dottrina dialoga con la giurisrudenza

Sulla configurabilità dell'annullamento doveroso

di Roberta Pecoraro

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La natura dell'annullamento d'ufficio: potere vincolato o discrezionale? – 3. La rilevanza del falso e del mendacio e il potere di vigilanza amministrativa in materia edilizia. – 4. Sulla configurabilità dell'annullamento doveroso. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il tema dell'annullamento doveroso in materia edilizia, specie dopo l'entrata in vigore della Legge 7 agosto 1990, n. 241, ha rivestito un ruolo centrale nel dibattito dottrinale[1] e nella giurisprudenza amministrativa in considerazione della sua spiccata complessità e della pluralità degli interessi coinvolti. È discusso, infatti, se, a fronte di una sollecitazione di annullamento in autotutela da parte del privato, l'amministrazione procedente sia vincolata solo nell'*an* della decisione, ovvero anche nel *quomodo*. La questione ha una preminente rilevanza in punto di tutela, in considerazione del fatto che, nel primo caso, l'amministrazione sarebbe tenuta esclusivamente ad avviare il procedimento di riesame, contrariamente sarebbe obbligata a pronunciarsi, ancorché negativamente[2].

Il presente contributo, pur senza pretesa di esaustività e prendendo le mosse dalle recenti pronunce sul tema, si interroga sulla possibilità di configurare il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 quale «autoannullamento doveroso parziale» e circa i criteri sui quali fondare il giudizio.

Si terranno in considerazione questioni ulteriori, tra cui spicca la

[1] V. G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, in *UniURB Open Journals*, 383 ss.; S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, *Editoriale Scientifica*, 2015; C. Napolitano, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 2946 ss.; S. Tatti, *L'annullamento d'ufficio tra doverosità e discrezionalità*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 147 ss.; P.L. Portaluri, *Note sull'autotutela dopo la l. n.164/ 2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 21 ss., S. Tuccillo, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, 2016, 16; N. Posteraro, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, *ivi*, 5, 2017.

[2] In tal senso, S. Tuccillo, *Autotutela*, cit., 1 ss.

dequotazione dell'onere motivazionale dell'amministrazione procedente in caso di annullamento in autotutela di titoli edilizi rilasciati sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni mendaci accertate con sentenza passata in giudicato, nonché la rilevanza, in ogni caso, dell'affidamento del privato.

2. *La natura dell'annullamento d'ufficio: potere vincolato o discrezionale?*

Il dibattito circa la doverosità dell'autotutela ha assunto forme diverse in base ai differenti periodi storici susseguitisi. Prima dell'intervento legislativo riformatore del 2005[3], l'annullamento in autotutela non aveva alcuna precisa base legislativa e, sin dall'Ottocento, era stata frutto di sola elaborazione giurisprudenziale[4], analogamente alla revoca. Il Consiglio di Stato[5] ne affermava la natura discrezionale e a questa impostazione si è conformata senza resistenze gran parte della dottrina[6]. L'orientamento giurisprudenziale messo in atto tra il XIX e il XX secolo, tuttavia, non poteva trovare applicazione omogenea nell'ordinamento, in quanto vigevano forme di annullamento d'ufficio disciplinate da norme speciali, tra cui quelle relative all'annullamento governativo straordinario[7] il quale godeva di una discrezionalità più ampia del consueto e che, come osservato dai più, sembrava forzatamente rientrante nella categoria dei poteri di autotutela. Siffatto carattere discrezionale lasciava spazio all'idea che la Pubblica Amministrazione potesse considerarsi vincolata solo ed esclusivamente nel settore dei controlli e dei ricorsi amministrativi, in favore di

[3] F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 1 ss.

[4] Si veda A. Travi, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss; A. Sandulli, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in S. Cassese (a cura di), *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, Milano, 2002, 1373 ss; S. Cassese, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. Pasquini e A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.

[5] E. Cannada Bartoli, *Annullabilità e annullamento*, voce *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 488.

[6] G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 154 ss; S. Romano, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, voce in *Nuovo dig. it.*, Torino, I, 1937, 475.

[7] Allora previsto dall'art. 6 del t.u. della legge comunale e provinciale del 1934, poi ripreso dall'art. 2, comma 3, lett. p) della l. 400 del 1988 e dall'art. 138 del d.lgs 267 del 2000.

una ponderazione tra interesse pubblico e posizione del privato[8]. Negli anni Novanta del secolo scorso il Legislatore ha introdotto nell'ordinamento una nuova forma di annullamento definito, a causa del chiaro tenore letterale che ne demandava la obbligatorietà, *autotutela impropria*[9] o *pseudo-autotutela*. Quest'ultima forma di potere, nel corso del tempo, ha riscontrato non pochi problemi di matrice principalmente eurounitaria[10] a cui la Corte di Giustizia prima e il Consiglio di Stato dopo hanno cercato di porre rimedio attraverso la applicazione di un meccanismo analogo a quello per il contrasto tra norme europee e di diritto interno[11].

Siffatta ricostruzione risulta sufficientemente funzionale ad affermare che il potere di annullamento, così come tipizzato nell'art. 21-*nonies* ad opera della l. 241 del 1990, oggi incarna i principi giurisprudenziali formatisi nel tempo volti alla caratterizzazione dell'istituto come esclusivamente discrezionale.

Tale connotazione, tuttavia, è stata messa in dubbio dalla Corte costituzionale che, con riguardo all'obbligo per gli enti locali di auto-annullare provvedimenti di inquadramento del personale illegittimi, ha statuito che «in via di principio, il momento discrezionale del potere della Pubblica Amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale» e che «lo strumento dell'autotutela deve sempre essere valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell'azione amministrativa, espressi dall'art. 97 cost.»[12]. Ancorché valida e condivisibile la statuizione della Consulta, è dimostrato come la sussistenza di una forma di annullamento priva di discrezionalità sarebbe in contrasto con i principi dell'ordinamento[13] dal momento che l'amministrazione non terrebbe conto, ingiustamente, degli

[8] S. Romano, *Annullamento*, cit., 1 ss.

[99] F.G. Scoca, Un'ipotesi di autotutela impropria, in Giur. cost., 2000, 810 ss.

[10] S. Valaguzza, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema d'annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1251 ss.

[11] Cons. St., sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, e 5 giugno 1998, n. 918. Cfr. in dottrina D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss., V. Cerulli Irelli, M. Luciani, *Diritto comunitario e diritto interno*, *ivi*, 2007, 859 ss., M.P. Chiti, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, *ivi*, 2008, 477 ss., F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, 439 ss.

[12] Corte cost., 22 marzo, 2000, n. 75, in *DeJure online.*

[13] N. Posteraro, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *federalismi.it*, 2017; Cons. St. comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, § 5.6.3.

interessi dei destinatari e dei controinteressati i quali su quel provvedimento amministrativo hanno riposto un legittimo affidamento.

Attenta dottrina guarda la figura dell'annullamento autonomo come *provvedimento misto*, ossia in parte discrezionale e in parte vincolato[14] sicché, a designarne il carattere obbligatorio sarebbe la illegittimità dell'atto da rimuovere, mentre a rappresentarne la componente discrezionale sarebbe la sussistenza di un interesse pubblico da promuovere. Su questa scia, la giurisprudenza amministrativa che faceva leva sul concetto di doverosità anche alla luce del diritto eurounitario, sembrava in passato interpretare l'istituto in esame quale doveroso in tutti i casi in cui vi fosse soltanto un provvedimento illegittimo da rimuovere. Lo ha fatto, in particolare, nei casi di illegittimo inquadramento di pubblici dipendenti[15], di illegittima concessione di finanziamenti[16] e di concessioni edilizie illegittime[17].

---

[14] N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017, 5 ss; B.G. Mattarella, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss.

[15] Cons. St., sez. VI, 9 luglio 2012 e Cons. St., sez. III, 20 giugno 2012, n. 3603, in *giustiziaamministrativa.it*. In tali pronunce, il Consiglio di Stato ha affermato che non occorre una specifica valutazione dell'interesse pubblico all'intervento in autotutela, essendo così sufficiente la necessità di porre riparo alla legalità violata. Ha altresì statuito la non necessità di tenere in considerazione limiti temporali posto che non sussisterebbe in capo al privato alcun affidamento.

[16] Cons. St., sez. III, 15 aprile 2013, n. 2022, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[17] Ulteriori riferimenti in L. 15 maggio 1997, n. 127 «Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo", pubblicata in G.U. n. 113 del 17 maggio 1997 – Suppl. Ordinario n. 98. L'art. 6, comma 17, prevede che «Entro il 30 settembre 1998 gli enti locali sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 giugno 1983, n. 347, e successive modificazioni ed integrazioni, e a bandire contestualmente i concorsi per la copertura dei posti resisi vacanti per effetto dell'annullamento [...]"; D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136». L'art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011, comma 2 prevede che «Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92 comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono

Non può omettersi, tuttavia, che la favorevole considerazione di tale interpretazione finirebbe per paventare dubbi applicativi e interpretativi dell'istituto, tali per cui si giustificherebbe il suo utilizzo anche in ipotesi che esulano dalle fattispecie previste *ex* artt. 21-*octies* e 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990.

3. *La rilevanza del falso e del mendacio e il potere di vigilanza amministrativa in materia edilizia*

Il settore in cui la configurabilità di una ipotesi di annullamento doveroso dell'Amministrazione presenta maggiori complicazioni è il settore edilizio e ciò avviene in ragione della concorrenza di plurimi interessi coinvolti.

Le questioni interpretative sulle quali autorevole dottrina e attenta giurisprudenza dibattono sono molteplici.

In primo luogo, ci si interroga sull'ipotesi in cui l'Amministrazione procedente rilasci dapprima un titolo in sanatoria a fronte di un abuso e poi, decorso un lasso di tempo apprezzabile, ravvisi l'illegittimità della sanatoria a suo tempo rilasciata in quanto basata su dichiarazioni false o mendaci, annullandola officiosamente.

Conseguentemente, ci si chiede quali siano le ricadute in punto di onere motivazionale e quali siano i parametri alla stregua dei quali calibrare l'annullamento sancito dal comma 2-*bis*.

Con riferimento alla prima questione, occorre preliminarmente chiarire la nozione di falso o mendacio e qual è la rilevanza di tale qualificazione nell'attività amministrativa.

---

dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite». In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cons. giust. Amm. Sicilia, 30 marzo 2020, n. 223, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che «L'amministrazione, qualora l'informativa antimafia sia stata rilasciata dopo la conclusione di un contratto o dopo l'erogazione di un contributo, ha il dovere imprescindibile di revocare il contributo già erogato, con efficacia *ex tunc*, essendo in questa ipotesi l'interesse pubblico alla revoca *in re ipsa*. Infatti, la revoca del contributo costituisce un vero e proprio dovere dell'amministrazione che è tenuta a orre rimedio alle sfavorevoli conseguenze derivate all'erario per effetto di una erogazione non dovuta di contributi pubblici, non sussistendo in questo caso uno specifico obbligo di motivazione, atteso che l'interesse pubblico all'adozione dell'atto è '*in re ipsa*' quando ricorre un indebito esborso di denaro pubblico con vantaggio ingiustificato per il privato».

Oltre che rappresentare una fattispecie penale, l'espressione "titolo falso o mendace" si riferisce ad una pluralità di situazioni nelle quali il permesso di costruire ovvero la S.C.I.A. siano stati ottenuti attraverso dichiarazioni mendaci o per mezzo della falsificazione dei documenti allegati. Tale falsità, in quanto presupposto del provvedimento amministrativo rilasciato, comporta illegittimità del provvedimento con conseguente necessità per l'Amministrazione di ripristinare l'interesse pubblico pretermesso. Rileva qui la distinzione penalistica tra falsità materiale e falsità ideologica, ove con la prima si indica la alterazione materiale del documento mediante sostituzione, l'alterazione della sottoscrizione nonché la modifica dei dati contenuti; con la seconda si fa riferimento alla falsità delle dichiarazioni contenute nel documento[18].

La falsa rappresentazione di fatti diventa oggetto dell'attività amministrativa di vigilanza, come sancito dall'art. 27 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001, che funge da presupposto ai fini dell'attivazione del potere ulteriore repressivo. L'esercizio del potere di vigilanza sul territorio e la carenza di presupposti che giustifica l'annullamento d'ufficio rilevano su due piani differenti, come anche ribadito dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui «l'esercizio del potere di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, che non incontra alcun limite di ordine temporale, si riferisce a tutto ciò che è realizzato *sine titulo*, in difformità dallo stesso ovvero utilizzandone una tipologia del tutto estranea all'intervento effettuato (…), la mancanza dei presupposti, invece, ove non tempestivamente rilevata, giustifica, sussistendone le condizioni, il solo annullamento d'ufficio al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990»[19].

Tuttavia, trattasi di potere pubblico necessario e presupposto per l'annullamento d'ufficio.

L'art. 27, impiantato all'interno del Testo unico dell'edilizia, intende far propria una limitazione dello *ius aedificandi*, essendo questo sottoposto a poteri amministrativi di assenso e di controllo finalizzati ad un *corretto uso del territorio* e, ad un tempo, valorizzare qualsiasi intervento abusivo indipendentemente dalla gravità della violazione. In effetti, la giurisprudenza

[18] F. Guadaloni, *Mauale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 220-250; F. Ghetti, *Manuale di diritto penale – Parte Speciale*, Torino, 2021; A. De Viti De Marco, *Trattato di diritto penale*, Roma, 2020, 300 ss.; M. Sechi, *Falsità materiale e ideologica nei reati di falso*, Padova, 2019, 100-130; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, Bologna, 2022, 150 ss.

[19] Cons. St., 23 novembre 2023, n. 9415, cit.

amministrativa, con specifico riguardo alle opere costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, confessa che «l'art. 27, d.P.R. n. 380/2001 non distingue tra opere per cui è necessario il permesso di costruire e quelle per cui sarebbe necessaria la semplice D.I.A., in quanto impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite, senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico. Infatti, per le opere abusive eseguite in assenza di titolo edilizio e di autorizzazione paesaggistica in aree vincolate vige un principio di indifferenza del titolo necessario all'esecuzione di interventi in dette zone, essendo legittimo l'esercizio del potere repressivo in ogni caso, a prescindere, appunto, dal titolo edilizio ritenuto più idoneo e corretto per realizzare l'intervento edilizio nella zona vincolata (DIA o permesso di costruire); ciò che rileva, ai fini dell'irrogazione della sanzione ripristinatoria, è il fatto che lo stesso è stato posto in essere in zona vincolata e in assoluta carenza di titolo abilitativo, sia sotto il profilo paesaggistico che urbanistico»[20].

In altre parole, il controllo del territorio si caratterizza quale strumento conferito per dare effettività alle scelte di pianificazione urbanistica rimesse all'ente locale. Esso attiene alla verifica, senza limiti di tempo, della rispondenza degli interventi al regime di edificabilità dei suoli, come cristallizzati nei titoli edilizi; mentre il controllo sulla legittimità dei titoli implica la verifica successiva dell'assentibilità dello *ius aedificandi*, in un'ottica di contemperamento delle esigenze di tutela della legalità con quelle di certezza del diritto nonché di legittimo affidamento.

La distinzione fra controllo del territorio e controllo sulla legittimità dei titoli, allora, non è di poco conto: il primo si pone in una posizione propedeutica rispetto al controllo dei titoli edilizi, riflettendosi in essi. È per tale ragione, infatti, che l'istituto della vigilanza è concepito quale strumento funzionale a dare effettività alle scelte di pianificazione urbanistica cristallizzate nei titoli edilizi nonché di rimozione degli stessi. Al contrario, il controllo dei titoli implica la preventiva verifica circa la sussistenza dei presupposti per consentire una determinata richiesta di esercizio dello *ius aedificandi*. Si tratta di un controllo mirato a contemperare le esigenze di tutela della legalità con quelle di certezza del diritto e di legittimo affidamento ingenerato sul privato, che può esclusivamente avvenire *ex post*.

[20] T.a.r. Napoli, sez. III, 4 ottobre 2019, n. 4757, in *giustiziaamministrativa.it*.

4. *Sulla configurabilità dell'annullamento doveroso*

Fatte le dovute premesse, occorre soffermarsi sul problema centrale, relativo all'ipotesi in cui l'amministrazione procedente rilasci dapprima un titolo in sanatoria a fronte di un abuso e poi, decorso un lasso di tempo apprezzabile, ravvisi l'illegittimità della sanatoria a suo tempo rilasciata, in quanto basata su dichiarazioni false o mendaci, annullandola officiosamente.

Il potere di annullamento d'ufficio è regolato dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 secondo cui il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* della medesima legge può essere annullato sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Al comma 2-*bis* della medesima norma, introdotto con il Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2021, n. 108, il legislatore ha previsto che i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni di fatti o dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine anzidetto.

La questione è emersa nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 9415 del 2023, ha affermato la configurabilità di un annullamento doveroso solo parziale in materia edilizia. Nel delimitare la portata della doverosità dell'istituto in esame, il Giudice ha ritenuto, valorizzando la portata letterale della norma, che se per un verso è consentito all'Amministrazione di esercitare il potere di annullamento in autotutela oltre i limiti fissati dal legislatore, per altro verso, l'impiego dell'espressione «possono essere annullati» chiarisce come, al ricorrere dei casi di falsa rappresentazione dei fatti o di dichiarazioni mendaci non venga imposto alcun obbligo di annullamento dei provvedimenti, non potendosi sacrificare la discrezionalità della decisione. In tal caso è, invero, essenziale procedere alla verifica della sussistenza degli ulteriori presupposti di cui al comma 1 dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990[21] tra i quali non rientra la valutazione degli interessi dei desti-

[21] Art. 21-*nonies*, comma 1 della l. n. 241 del 1990: «Il provvedimento amministrativo

natari del provvedimento, dal momento che non si pongono esigenze di tutela nei confronti di soggetti che abbiano ottenuto un vantaggio sulla base di dichiarazioni false o mendaci[22]. In questo modo, si evidenzia che nel caso di specie non si pongono esigenze di tutela dell'affidamento del dichiarante del falso e che la funzione garantista nel caso in cui non ci sia coincidenza tra autore del reato e destinatario dell'autotutela sia comunque garantita dalla conservazione della discrezionalità nell'esercizio dei poteri di annullamento in autotutela previsti dal comma 2-*bis*[23]. Ne consegue la forte pregnanza del fattore temporale: la decorrenza di un lungo lasso di tempo tra l'emanazione di un provvedimento favorevole e l'accertamento in sede penale della dichiarazione falsa o mendace comporta che l'Amministrazione non potrà esimersi dal valutarne l'incidenza[24]. La doverosità sarebbe, pertanto, ravvisabile nell'*an* e non anche nel *quod*[25] della decisione.

A siffatta ricostruzione si oppone chi sostiene, invece, che nel caso di specie ci si troverebbe di fronte ad una ipotesi di autotutela doverosa,

---

illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

[22] *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2329, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 3, 921; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18, *ivi*, 2021, 2, 559; T.A.R Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 giugno 2018, n. 574, *ivi*, 2018, 4, 1100 per cui "L'interesse pubblico all'eliminazione, ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241 del 1990, di un titolo abilitativo illegittimo è in re ipsa, a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione, dolosa o colposa, della realtà da parte dell'interessato, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento ampliativo, non potendo l'interessato vantare il proprio legittimo affidamento nella persistenza di un titolo ottenuto attraverso l'induzione in errore dell'amministrazione procedente".

[23] F. Campolo, Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21-nonies, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990, in *Giustizia Insieme*, 2024, I, 215; M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria (21-quinquies e 21-nonies l. n. 241/1990 s.m.i.)*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 333-359 e 566.

[24] F. Campolo, *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa*, cit.

[25] Cfr. N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza plenaria n. 8 del 2017)*, in *federalismi.it*, 10/2017 ove, in chiave critica si afferma che è più opportuno parlare di doverosità nel *quid*.

che impone all'amministrazione non soltanto di procedere ma anche di provvedere. Ebbene, secondo questa ricostruzione, l'obbligo deriverebbe in particolare dall'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, cui rinvia l'art. 19-*bis* della l. n. 241 del 1990, nonché il combinato disposto degli art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 con gli artt. 537, 651 e 654 c.p.p. relativi agli effetti del giudicato penale sull'attività amministrativa nel senso di vincolarla. Inoltre, l'assenza di un obbligo di provvedere potrebbe avere conseguenze ingenti sul piano della responsabilità erariale dei funzionari pubblici di cui all'ultimo periodo del comma 2-*bis*, art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 secondo cui rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

In merito alle ripercussioni erariali, si obietta che, in ragione della sua collocazione sistematica, tale disposizione sarebbe applicabile a tutti i casi di autotutela[26].

I due orientamenti sulla doverosità hanno ripercussioni pratiche, con particolare riferimento all'onere motivazionale[27].

Con riguardo all'ipotesi in cui l'amministrazione dapprima rilasci un titolo in sanatoria a fronte di un'edificazione abusiva e poi, decorso un apprezzabile lasso di tempo, si avveda dell'illegittimità del titolo in sanatoria a suo tempo rilasciato e ravvisi i presupposti per disporne l'annulla-

[26] M. Sinisi, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori nel caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *www.federalismi.it*, 24, 2015; F. Campolo, *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa*, cit.; cfr. R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *federalismi.it*, 12/2017, 5-6.

[27] L. Bertonazzi, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017, in Diritto processuale amministrativo*, 2018, 2, 730 ss. dove si legge che «Se è vero che l' obbligo è la necessità giuridica di tenere un certo comportamento per soddisfare un interesse altrui, mentre l'onere è la necessità pratica di tenere un certo comportamento per soddisfare un interesse proprio, allora la motivazione del provvedimento costituisce il contenuto di un obbligo e non di un onere. L'alternativa sarà, al più, tra obbligo e dovere, ma giammai onere: diversamente dall'obbligo, correlato alla soddisfazione di un interesse altrui che assume sostanza di diritto soggettivo, il dovere è situazione irrelata, cioè diretta alla tutela di interessi generali, cui non corrispondono destinatari determinati e, quindi, diritti altrui», cfr. F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, II, 128 ss.; G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1941, 50 ss.; S. Romano, *Doveri, obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 104; M. Trimarchi, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 69, secondo cui «la sostanza della questione» investe «i presupposti» dell'annullamento d'ufficio, «dei quali la motivazione è manifestazione sensibile»

mento d'ufficio, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[28] ha affermato il principio per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte.

Alla luce di tale affermazione, e non costituendo la falsità degli atti presupposto idoneo a giustificare una dequotazione della motivazione, l'orientamento fautore dell'annullamento doveroso parziale sembrerebbe coerente con la teorica dell'interesse *in re ipsa*, oggi screditata dalla giurisprudenza e dal legislatore in quanto finirebbe per eliminare di fatto gli spazi dell'amministrazione per non esercitare il proprio *ius poenitendi* attraverso l'annullamento d'ufficio. L'Amministrazione, infatti, non potrebbe valutare a tal fine né il decorso del tempo, né la sussistenza di un interesse pubblico in senso contrario, né l'interesse del privato destinatario dell'atto[29].

Come previsto espressamente dalla norma, l'amministrazione può agire in autotutela anche una volta spirato il termine di dodici mesi, sia che il procedimento si attivi d'ufficio attraverso l'esercizio dei poteri di vigilanza, sia che questo venga sollecitato dal terzo interessato. Tale ipotesi si connota per la coesistenza di un potere giudiziario già esercitato, che non vincola di fatto l'Amministrazione, e di un potere in via di attivazione da parte dell'Amministrazione stessa. Tale concorrenza di situazioni è fondamentale laddove si consideri che la pronuncia di annullamento cui segua un atto di demolizione ha carattere sanzionatorio e, in quanto tale, impone il rispetto delle garanzie fondamentali dell'individuo e la valutazione degli interessi coinvolti. Deve qui rappresentarsi altresì che, stante la natura sanzionatoria o quasi-sanzionatoria dell'annullamento del titolo edilizio illegittimo, l'autotutela deve sempre e comunque confrontarsi con i principi di certezza, prevedibilità e proporzionalità di cui l'Amministrazione deve sempre dare atto in sede provvedimentale.

L'assenza – o la insufficienza – della motivazione, infatti, impedirebbe al privato di conoscere le ragioni dell'autoannullamento e rischierebbe di tramutarsi in un esercizio arbitrario e *contra legem* dei poteri amministrativi, in aperto contrasto non solo con la trasparenza e la imparzialità della Pubblica Amministrazione, ma anche con principi di buona amministrazione tracciati dall'ordinamento eurounitario. Vi è infatti chi ritiene, al fine di evitare espressioni di sovranità statale, che l'annullamento debba neces-

[28] Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 20 settembre 2017, n. 8, in *www.giustiziaamministrativa.it*.
[29] *Ibidem*.

sariamente passare attraverso il principio di legalità al pari di ogni potere amministrativo[30] essendo l'obbligo di motivare i provvedimenti delle Istituzioni conseguenza diretta del principio di buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[31].

Pertanto, come ribadisce attenta dottrina, è fondamentale, pur in presenza di atti fondati su falsità, il rispetto dell'onere motivazionale[32] che non può mai ridursi ad una mera dichiarazione formale, ma deve in ogni caso esplicitare i presupposti che giustificano la rimozione dell'atto, con particolare riguardo all'interesse pubblico tutelato e agli effetti del provvedimento sull'ordinamento[33].

Alla posizione per la quale non è tutelabile l'affidamento sorto su basi illecite o fraudolente si deve preferire, come autorevole dottrina ha fatto, un approccio temperato secondo il quale l'affidamento[34], al pari della distanza temporale, dovrebbe costituire un fattore rilevante nella valutazione della legittimità dell'azione[35] divenendo dunque oggetto imprescindibile della valutazione pubblica. Quest'ultima, infatti, si bilancia con il profilo funzionale del provvedimento amministrativo, volto a valorizzare l'istanza del privato e il suo contenuto.

In altre parole, se la fattispecie di cui al comma 2-*bis* garantisce la possibilità – non già il dovere – di annullare quando la dichiarazione di falso sia accertata con sentenza passata in giudicato anche dopo la sca-

[30] N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa*, cit., 16; B.G. Mattarella, *Le difficoltà della semplificazione*, in *Dir. amm.*, 1998, 360.

[31] L. Azoulai e L. Clement-Wilz, *La Bonne administration*, in J.-B. Auby e J.Dutheil De La Rochere (a cura di), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2014, 670 ss; P.N. Diamandouros, *The Relationship between the Principle of Good Administration and Legal Obligation*, in *Liber amicorum in honour of Bo Vesterdof*, Bruxelles, 2007.

[32] E. Zampetti, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione* in re ipsa *nell'annullamento d'ufficio*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 730 ss.; Id., *Motivazione* in re ipsa *e autotutela decisoria*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2017, 245 ss.

[33] S. Civitarese Matteucci, *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. amm.*, 2012, 1678-1679.

[34] F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 96; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, 100: "l'interesse concreto curato dall'amministrazione non è il ripristino della legalità, ma l'interesse affidato alla sua cura dalla norma in base alla quale è stato emanato l'atto viziato". R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 631 ss.

[35] L. Torchia, *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, 2017.

denza del termine di dodici mesi di cui al comma 1 dell'art. 21-*nonies*, i presupposti dell'annullabilità devono comunque coincidere con le ragioni di interesse pubblico e con la ragionevolezza del termine che, in assenza di base normativa quanto ai presupposti, non è possibile espungere in via ermeneutica. Come autorevole dottrina ha affermato, infatti, il parametro della ragionevolezza è da intendersi non già come nozione «parametrica», bensì quale criterio «relazionale»[36], ossia riferito a tutte le circostanze del caso concreto e inglobato nell'apprezzamento complessivo delle stesse. L'affidamento del privato alla stabilità dello *status quo* assume uno spessore sempre maggiore con il trascorrere del tempo, sicché è imposta una comparazione sempre più precisa tra interesse pubblico al ritiro dell'atto e gli altri interessi, primo fra i quali l'affidamento maturato[37].

La valutazione, dunque, si connota per una evidente complessità che dovrà tener conto anche della lesione dell'interesse pubblico concreto, attuale e ulteriore rispetto alla semplice restaurazione dell'ordine giuridico compromesso[38]. Se il giudizio, anche in caso di falsità, deve tener conto di tutti gli elementi anzidetti, anche la motivazione deve adeguarsi e dare atto delle complessità della verifica da svolgere.

La necessità di operare una valutazione complessiva si spiega anche in ragione della valenza del giudicato penale nell'attività amministrativa.

Come chiarito dalla giurisprudenza, nei rapporti tra giudizio penale e giudizio amministrativo, vige la regola della autonomia e della separazione[39], fermo il disposto di cui all'art. 654 c.p.p. secondo il quale nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo,

[36] L. Bertonazzi, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi*, cit., 751.

[37] *Ult. op. cit.*

[38] *Ult. op. cit.*

[39] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3403, in cui «Nei rapporti tra giudizio penale e giudizio amministrativo la regola, almeno tendenziale, è quella dell'autonomia e della separazione, fermo il disposto di cui all'art. 654 c.p.p. [...]. Il giudicato penale non determina un vincolo assoluto all'amministrazione per l'accertamento dei fatti rilevanti nell'attività di vigilanza edilizia e urbanistica. Né la sentenza penale di assoluzione può condizionare in modo inderogabile il giudizio amministrativo, tanto più quando il Comune non si sia costituito parte civile nel processo penale. Il carattere vincolante, nei riguardi del giudizio amministrativo, dell'accertamento compiuto dal giudice penale, è in ogni caso subordinato alla ricorrenza di presupposti rigorosi».

quando si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale. La condizione fissata dalla norma è che i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e che la legge civile non ponga limitazioni alla prova della situazione soggettiva controversa.

Trattasi di una disposizione che chiarisce l'ambito dell'efficacia *extra moenia* del giudicato penale, ma che non è idonea a costituire la base giuridica dell'azione pubblica.

La conseguenza è duplice.

Sotto il profilo soggettivo, il giudicato penale si estende all'Amministrazione solo qualora essa sia intervenuta in giudizio; sotto il profilo oggettivo, l'efficacia extrapenale del giudicato opera per l'accertamento dei fatti materiali e non anche per la loro qualificazione o valutazione giuridica. Va comunque evidenziato che la disposizione in discorso opera sul piano processuale e che non è idonea a restringere la portata dell'agire pubblico, che trova nella legge – non nelle statuizioni del giudice, eccetto i casi espressamente previsti – la sua fonte primaria, affidando all'organo giurisdizionale il compito di verificare che il potere amministrativo si svolga in conformità alla legge stessa.

Quanto osservato si lega a filo doppio con le differenze intercorrenti tra atto meramente confermativo del potere già esercitato dalla pubblica Amministrazione[40], non impugnabile, e provvedimento confermativo che, invece, è impugnabile[41] per sua natura. Questa distinzione, principalmente invalsa nella prassi, è stata altresì oggetto di una evoluzione dottrinale e giurisprudenziale[42]. Dapprima, infatti, si riteneva che l'atto confermativo trovasse fondamento nella natura decadenziale del termine di difesa processuale[43] e presupposto logico-giuridico nel divieto di ricorso. Tuttavia, risulta essersi sviluppato nel tempo un indirizzo giurisprudenziale oppo-

[40] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 995 ss.; E. Giardino, *La lesività dell'atto amministrativo*, Torino, 2023, 276 ss.

[41] J. Bercelli, *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012, 41 ss.

[42] Trattasi, nello specifico, di Cons. St., sez. IV, 24 novembre 1891, in *Giur.it*, 1982, III, 12.

[43] F.R. Cammeo, *La definitività degli atti amministrativi. A proposito di ricorsi contro atti confermativi o modificativi*, in *Giur.it.*, 1911, 1; A.M. Sandulli, *Ricorso amministrativo*, in *Nov. mo Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, 281; M. Nigro, *Note sull'atto confermativo*, in *Foro amm.*, 1948, 206.

sto[44], tale per cui il Consiglio di Stato ha inteso restringere l'ambito di applicazione della tutela giurisdizionale, così finendo per fissare un criterio più nitido di distinzione tra atto confermativo e atto non confermativo: la volontà dell'amministrazione e il suo potere discrezionale, in forza dei quali l'amministrazione è liberata, non soltanto dall'obbligo di motivazione ma, a monte, dal dovere di ri-esercizio delle sue funzioni, non configurandosi così una situazione di interesse legittimo in capo al privato istante. Ragionando *a contrario* si direbbe, quindi, che «se nessuna pretesa tutelata esiste all'emanazione di un provvedimento, nessun obbligo di motivazione esiste per il diniego»[45]. Questa posizione non è più condivisibile alla luce della affermata prevalenza del profilo funzionale del provvedimento amministrativo, volto a valorizzare il contenuto dell'istanza del privato, rispetto a quello meramente strutturale. Talché, l'elemento determinante affinché si produca o meno un obbligo di valutazione per la Pubblica Amministrazione coincide con l'apporto di un *quid novi*.

In altre parole, secondo l'impostazione preferibile, la discrezionalità amministrativa cede al fatto nuovo, sicché l'Amministrazione sarà tenuta a valutare sì la legittimazione del privato, ma anche e prioritariamente se questi abbia addotto fatti nuovi capaci di invertire o, almeno, mutare l'oggetto del precedente provvedimento, concretizzando, così, i principi di giustizia ed equità nei rapporti tra amministrante ed amministrato[46].

[44] Quanto alla distinzione tra atto confermativo e atto fonte di conferma in senso proprio, nella giurisprudenza più recente, è invalsa la teoria per la quale è necessario verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno in ragione di una nuova istruttoria e, quindi, di una nuova ponderazione di interessi, in tal senso Cons. St., sez. V, 15 settembre 2022, n. 7999, in www.giustiziaamministrativa.it; per una completa trattazione degli effetti lesivi dell'atto confermativo e il riesercizio della funzione v. E. Giardino, *La lesività*, cit. 276 ss.

[45] P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 211.

[46] Cfr. Cons. St., sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601, in cui è stato ritenuto sussistente l'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere, poiché l'abusiva occupazione di un bene, seppur privato, determina la sussistenza di ragioni di giustizia sostanziale che richiedono anche l'intervento dell'Amministrazione a tutela dell'incolumità pubblica; Cfr. altresì Cons. St., sez. IV, 18 luglio 2008, n. 4062 in cui è stato precisato che non sussiste l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere allorquando l'interessato, attraverso la procedura del silenzio rifiuto, abbia sollecitato l'esercizio del potere di autotutela, non sussistendo rispetto a questo una posizione di interesse legittimo, ma di mero interesse di fatto, anche per la mancanza di un obbligo dell'Amministrazione di attivarsi in via di autotutela; sullo stesso filone anche Cons. St., sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7136; Cons. St. 20 luglio 2005, n. 3909; Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181; Cons. St., 6 ottobre 2001, n. 5307; Cons. St. 9 agosto 2005, n. 4227, tutte reperibili in *www.giustiziaamministrativa.it*.

Anche nella prospettiva dell'annullamento in autotutela deve pertanto valorizzarsi il profilo funzionale del procedimento amministrativo in relazione alle situazioni giuridiche dell'amministrato, non potendosi *ex se* presumere che l'affidamento venga meno in ragione della falsità degli atti. Ed invero, la necessità di contemperamento degli interessi è tanto più necessaria in tutti i casi in cui il soggetto nella disponibilità del bene ignori – perché divenuto titolare in un secondo momento, anche in virtù di vicende successorie – che il titolo è stato rilasciato sulla base di dichiarazioni false o mendaci. In tal caso, se il falso si considerasse tale da escludere l'affidamento del terzo, quest'ultimo verrebbe ingiustamente sacrificato per una duplice ragione: l'impossibilità di partecipare al procedimento amministrativo di rilascio del titolo e la mancata valutazione del suo interesse nuovo e ulteriore rispetto all'assetto originario delle situazioni giuridiche.

Analogamente, il privato potrebbe subire un pregiudizio ingente nel caso in cui un titolo abitativo sia stato rilasciato in violazione delle prescrizioni sulle distanze minime da una certa area sottoposta a vincolo paesaggistico, sono trascorsi diversi lustri e il manufatto non rispetta la distanza minima per pochissimi centimetri.

Una visione d'insieme proporzionata dell'annullamento doveroso è necessaria anche allo scopo di assicurare la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti[47] giuridici a fronte di un potere esercitabile *sine die*[48].

Il comma 2-bis, invero, non si occupa del *dies a quo* del termine ragio-

[47] La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato una violazione della prevedibilità dell'azione pubblica in talune ipotesi di rimozione retroattiva di diritti acquisiti o di atti amministrativi, tutelato dall'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU. Nella pronuncia della Corte Edu, 28 settembre 2004, *Kopecky c. Slovacchia*, è stato ribadito che anche l'attività amministrativa afflittiva deve rispettare i principi di legalità, di prevedibilità dell'azione pubblica e di proporzionalità in modo da garantire che l'interesse pubblico prevalga in maniera assoluta sui diritti dei consociati. Quanto ai profili comparatistici, si evidenzia che nel sistema giuridico tedesco, l'art. 48 del *Verwaltungsprozessordnung* sancisce che l'annullamento d'ufficio di un atto favorevole è ammissibile solo entro un termine ragionevole e in presenza di motivi gravi, come dolo o frode. La legge tedesca, analogamente a quella italiana, distingue provvedimenti favorevoli e sfavorevoli e garantisce una tutela rafforzata all'affidamento del privato, salvo nei casi di dolo o frode. In maniera restrittiva è disciplinato l'annullamento officioso nel diritto francese, ove il *Conseil d'État* ha statuito l'impossibilità di procedere all'annullamento dopo un termine ragionevole se l'atto ha prodotto effetti consolidati, salvo frodi manifeste.

[48] L. Bertonazzi, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi*, cit., 756 ss.

nevole di esercizio del potere di annullamento officioso, ma si osserva che il dato testuale della norma scardina soltanto il termine di dodici mesi di cui al comma 1. Ne consegue che la necessità di apprezzamento della ragionevolezza del termine impone di valutare caso per caso se l'annullamento corrisponda ancora ad un effettivo e prevalente interesse pubblico, concreto e attuale[49].

Molteplici sono i fattori capaci di incidere sulla deroga al comma 1 dell'art. 21-*nonies*, e tutti riconducibili ad un obbligo di provvedere e di motivare in ragione degli interessi coinvolti[50].

Diverso è il caso in cui la mendacità della dichiarazione su cui si fonda il titolo edilizio non sia stata accertata con pronuncia passata in giudicato.

In primo luogo, come attenta dottrina ha osservato, è possibile che, pur ricorrendo la condotta materiale di falso prevista da una specifica fattispecie incriminatrice, potrebbe giungersi, in sede giudiziale, ad un mancato accertamento della falsità. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi di sopraggiunta estinzione del reato per decorrenza del termine di prescrizione e alle sentenze «di non doversi procedere» incapaci di spiegare efficacia di giudicato. In tali casi, invero, l'ulteriore condizione richiesta dal comma 2-*bis* non potrebbe ritenersi soddisfatta in ragione dell'inidoneità dell'accertamento a conseguire la forza di giudicato *expressis verbis* imposta dal legislatore.

Ebbene, si ritiene che in tali ipotesi il potere di annullamento in autotutela non possa definirsi parzialmente doveroso, rientrando piuttosto

---

[49] L. Bertonazzi, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi*, cit., 748 ss. ove l'autore precisa, inoltre, che la ragionevolezza del termine, proprio perché trova la sua ragion d'essere nell'affidamento riposto dal privato nella stabilità dell'assetto di interessi definito dal provvedimento di primo grado, non può che correlarsi al tempo intercorso tra il momento dell'adozione di quest'ultimo e quello del suo eventuale annullamento. Così anche N. Posteraro, *Annullamento d'ufficio*, cit., 1107.

[50] C.P. Santacroce, *Tempo e potere di riesame: l'insofferenza del giudice amministrativo alle briglie del legislatore*, in www.federalismi.it, 2018; Cfr. Cass. civ., Sez. un., 27 maggio 2009, n. 12243, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I, p. 2108, ove è ben sintetizzata la ragione per cui la legge processuale penale non riconosce efficacia di giudicato alle sentenze di non doversi procedere per estinzione del reato. In particolare, sul punto, la Cassazione osserva come, in dette pronunce, l'accertamento delle circostanze di fatto possa anche fermarsi alla mera delibazione, «essendo sufficiente al riguardo una valutazione sommaria». Detto orientamento è stato ancor più di recente confermato, peraltro in sede di composizione di contrasto, da Cass. civ., Sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Foro it.*, 2011, 9, I, p. 2411.

nel dettato del primo comma dell'art. 21-*nonies*. Nelle menzionate ipotesi, invero, l'Amministrazione non è legittimata ad annullare tardivamente, sia che agisca *ex officio*, sia che intervenga una istanza del terzo. Una sollecitazione ad annullare, invero, comporta un obbligo di procedere, di provvedere e di motivare solo se questa interviene in tempo utile perché l'Amministrazione provveda entro i termini stabiliti dalla legge, conseguendone una carenza di tutela procedimentale del terzo nell'ipotesi opposta.

Analogamente, va inquadrata nell'alveo del primo comma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 la circostanza in cui la falsa rappresentazione dei fatti non accertata con sentenza sia legata alla violazione della diligenza nell'agire pubblico.

6. *Considerazioni conclusive*

La valutazione degli interessi al fine di un rapporto equilibrato tra amministrazione e amministrati fa si che «la corretta accezione da attribuire alla doverosità dell'autotutela» è quella secondo cui «a fronte dell'istanza del privato che evochi gli effetti di un giudicato penale di falso, l'amministrazione è obbligata a valutarla». Risulta più opportuno parlare, allora, di «doverosità della valutazione di istanza di riesame avanzata dall'amministrato»[51].

La lettura preferibile sembra ancorarsi ad un filone che premia il ruolo della volontà della Pubblica Amministrazione di esercitare un potere di riesame attuando una nuova istruttoria, subordinando ad essa il contenuto dell'istanza del privato, facendo menzione dell'eventuale elemento di novità apportato.

La sollecitazione del potere da parte del privato, affinché l'autorità pubblica pronunci un provvedimento di secondo grado, deve essere supportata da due requisiti principali quali la presenza di un *quid novi* e la legittimazione del richiedente. Questi cioè deve essere detentore di un interesse c.d. qualificato[52] e nuovo, ovvero non un *quisque de populo*.

---

[51] N. Posteraro, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro amm.*, 2015, 2676 ss; S. Tuccillo, *Autotutela: potere doveroso?*, in *federalismi.it*, 2016; F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, *Atti del convegno annuale AIPDA*, 7-8 ottobre 2016, Roma; Cfr. in senso contrario M. Sinisi, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *Federalismi.it*, 2016; S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, 229.

[52] N. Posteraro, *Considerazioni critiche*, cit.; L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e*

Cionondimeno, si osserva come la fase di verifica della titolarità si collochi in un momento esterno rispetto al procedimento amministrativo, in una fase c.d. *pre-istruttoria* che come il termine stesso suggerisce, rimane estranea alla sfera di applicabilità diretta della legge sul procedimento amministrativo e di tutte le relative disposizioni di garanzia[53]. La Pubblica Amministrazione sarà, allora, tenuta ad operare una delibazione circa la sussistenza di presupposti oggettivi e soggettivi che rendono la richiesta del privato meritevole di attenzione. È per tale ragione che il privato è sempre tenuto ad allegare sia la «rappresentazione della realtà fattuale da cui possa desumersi la opportunità del procedere», sia «l'esistenza di un presupposto soggettivo atto a dimostrare che il suo interesse sia differenziato e qualificato» rispetto a quello di chiunque[54].

Si è visto come la teorica dell'annullamento sempre doveroso attribuisca prevalenza all'interesse pubblico leso rispetto al contenuto dell'istanza del privato tale da paventare il rischio che, anche quando sussista un elemento nuovo che giustificherebbe la emanazione di un provvedimento di secondo grado, questo non venga preso in considerazione, a ciò conseguendo la imputabilità della responsabilità alla Pubblica Amministrazione per mancata diligenza nella valutazione. È noto che la discrezionalità amministrativa si identifichi in una «modalità di espressione del potere pubblicistico, che presuppone il conferimento, da parte della legge alla Pubblica amministrazione di uno spazio valutativo e decisionale; che ha la precipua funzione di adattare le previsioni astratte individuate, appunto, dalla legge alla realtà fattuale; nell'ottica della necessità di tutelare gli interessi dei privati coinvolti nel procedimento amministrativo e con l'obiettivo primario di curare concretamente un determinato interesse pubblico, realizzando il massimo soddisfacimento dell'interesse primario con

diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare, Torino, 2005; Id., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 719; A. Sconamiglio, *Il diritto di difesa*, Milano, 2004, 153-165; A.M. Sandulli, *Ancora sulla qualificazione giuridica dell'interesse dei terzi alla demolizione a opera dell'autorità comunale di costruzioni* "contra jus", in *Giust. civ.*, 1961, I, 1334.

[53] M.S. Giannini, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, 1966, 119; F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1974, 75 ss.; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 109; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 1057; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa*, cit.

[54] N. Posteraro, *Considerazioni critiche*, cit., 9.

il minor sacrificio possibile degli interessi secondari»[55]. Per tali ragioni, si ritiene che nel nostro sistema giuridico non sia concepibile alcuna forma di annullamento totalmente vincolato ma che sia piuttosto configurabile un obbligo di valutazione dell'istanza del privato legittimato in considerazione del suo affidamento e di tutti gli interessi ulteriori, a testimonianza della centralità dell'individuo nella versione più moderna dello Stato di diritto[56].

[55] S.M. Vilasi, *La pubblica amministrazione e le sue funzioni*, in *osservatorioentilocali.unirc.it*.

Sulla discrezionalità amministrativa si veda, tra gli altri, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della P.A.*, Milano, 1939, 40 ss.; G. Barone, voce *Discrezionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. giur.*,vol. XIII, Roma, 1989, 1; R. Chieppa e M. Lunardelli, *Attività discrezionali e attività vincolata della pubblica amministrazione*, in *Altalex*, 2017.

[56] G. Poli, *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in *Journals UniUrb*, 2018, 353 ss.; A. Sandulli, *Costruire lo stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 1 ss.; M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.; L. Ferrara, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 11 ss.; A. Poggia, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004, 94 ss.; A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 39 ss.; A. Lener, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 610 ss.; G. Miele, *Potere, diritto soggettivo, interesse,* in *Riv. dir. comm.*, vol. I, 1944, 116 ss.; G. Zanobini, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, 1955, 392; F. Santoro Passarelli, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 369 ss.

Abstract

Il contributo, prendendo le mosse dalla pronuncia del Consiglio di Stato del 23 novembre 2023 n. 9415, tenta, pur senza pretesa di esaustività, di dare una risposta al seguente quesito: è configurabile nel nostro sistema giuridico l'autoannullamento doveroso quando si è in presenza di provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà mendaci accertate con sentenza penale passata in giudicato?

Nel tentativo di sciogliere tale dubbio, ci si occuperà anche di questioni ulteriori, come le sorti dell'onere motivazionale e i criteri alla stregua dei quali l'amministrazione è tenuta a valutare. Si vedrà che, sebbene la doverosità parziale dell'annullamento sia l'ipotesi preferibile, invero, l'Amministrazione non può non tener conto della rilevanza delle situazioni giuridiche del privato e, nello specifico dell'affidamento riposto nella situazione creatasi, anche quando l'illegittimità del titolo sia conseguenza di dichiarazioni false o mendaci.

On the configurability of dutiful annulment

Starting from Council of State Decision No. 9415 of 23 November 2023, this contribution seeks to address the following question: within our legal system, can the obligation of self-annulment be invoked in cases where administrative measures are based on false representations of fact or falsified certifications, as established by a criminal judgment?

In order to clarify this issue, the analysis also considers related aspects, including the scope of the duty to provide reasoning and the criteria by which the administration must conduct its evaluation. The paper argues that while partial mandatory annulment appears to be the most tenable position, the administration cannot disregard the significance of the private party's legal interests – particularly the legitimate expectations arising from reliance on the established situation – even when the illegality of the measure stems from false or misleading statements.

L'angolo delle libertà

La pianificazione standardizzata e il «caso Milano»: riflessioni dopo un'audizione parlamentare*

di Pier Luigi Portaluri

Sommario: 1. Un caso, un metodo e quattro chiavi di lettura. – 2. Il comma 1 della p.d.l. 1987. Sogni nascosti (quindi pericolosi). – 3. Il comma 2. Eccesso di discrezionalità applicativa e rischio di inattuazione per burocrazia difensiva. – 4. Il comma 3. Conformità o mera compatibilità degli interventi? Verso un vieto condono discrezionale. – 5. Il cuore della vicenda: la sgradita inderogabilità degli standard. – 6. La lett. b) del comma 3. La deroga alle distanze e la pianificazione attuativa. – 7. Il comma 4. Nuovi perimetri (e nuovi rischi d'incostituzionalità) della regolazione in materia di ristrutturazione edilizia. – 8. Il comma 5: il provvedimento demolitivo o ripristinatorio. – 9. Il comma 6. Ancora sulla ristrutturazione. – 10. Il comma 7 e il comma 9. Una disposizione ovvia e una clausola di stile. – 11. Il comma 8 e gli intricati rapporti della p.d.l. col codice Urbani. – 12. Marcel Déat e la pianificazione standardizzata: per una via d'uscita giusta, effettiva e costituzionale.

1. *Un caso, un metodo e quattro chiavi di lettura*

La Camera dei Deputati sta esaminando una p.d.l. – la n. 1987/'24 (*Disposizioni in materia di piani particolareggiati o di lottizzazione convenzionata e di interventi di ristrutturazione edilizia connessi a interventi di rigenerazione urbana*) – che intende dare una risposta organica alle problematiche emerse nei mesi scorsi circa le modalità di gestione di specifiche, importanti trasformazioni territoriali nel Comune di Milano (e non solo): queste righe contengono le mie riflessioni dopo essere stato audito a Montecitorio dall'VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici).

Il disegno racchiuso in quella p.d.l. è però molto più ampio, poiché esso guarda anche al futuro – e a *tutto* il territorio italiano – in una prospettiva di vigenza certamente non di breve periodo.

La normazione consiste in un solo articolo, composto da nove commi.

* Questo contributo si colloca tra le attività di ricerca del PRIN PNRR 2022 "HiLArI. Histories, Laws & Architectures for Inclusion", finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU, componente M4C2, investimento 1.1

I temi affrontati – pur nella brevità del testo – sono assolutamente cruciali, concernendo *in apicibus* i due pilastri sui quali fonda il trilite del nostro diritto urbanistico: il principio di pianificazione e quello di standardizzazione.

Ritengo quindi preferibile parlare della p.d.l. mediante un approccio strettamente esegetico: cioè analizzando i commi nella loro successione numerica, pur cogliendone ovviamente i nessi semantico-precettivi.

Ci sono quattro criteri di avvicinamento interpretativo alla p.d.l. n. 1987/'24 (*Disposizioni in materia di piani particolareggiati o di lottizzazione convenzionata e di interventi di ristrutturazione edilizia connessi a interventi di rigenerazione urbana*): quattro precomprensioni (che peraltro aspirano – fallibilmente – alla neutralità). Tipi, a loro volta, divisi in due gruppi.

Primo gruppo. Leggere le norme: a) come rivolte al passato; b) come rivolte al futuro.

Secondo gruppo. Leggere le norme: a) come se concernessero solo il caso Milano; b) come norme che "ricadono" su tutto il territorio italiano.

Poiché questi quattro criteri si intersecano continuamente, ho ritenuto preferibile procedere seguendo l'ordine dei commi che compongono l'unico articolo della p.d.l., segnalando in corso d'analisi la rilevanza di uno o più di quei criteri.

2. *Il comma 1 della p.d.l. 1987. Sogni nascosti (quindi pericolosi)*

Possiamo quindi partire dal comma 1. Per comodità di lettura, lo riportiamo integralmente qui di seguito.

«*1. In vista di un riordino organico della disciplina di settore, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, il Governo, le regioni, le province, i comuni e le comunità montane coordinano l'esercizio delle rispettive competenze al fine di individuare, nell'ambito dei vincoli desumibili dalla normativa nazionale, i casi in cui è necessario adottare un piano particolareggiato o di lottizzazione convenzionata di cui all'articolo 41-quinquies, sesto comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e all'articolo 8 del decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968, e gli interventi qualificati come ristrutturazione edilizia ai sensi dell'articolo*

3, comma 1, lettera d), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, tenuto conto delle esigenze di attivare processi di rigenerazione urbana, di riqualificazione di aree urbane degradate, di recupero e valorizzazione di immobili e spazi urbani dismessi o in via di dismissione e favorire, nel contempo, lo sviluppo di iniziative economiche, sociali, culturali o di recupero ambientale».

Non so, ovviamente, se questo specifico effetto di senso sia stato voluto dall'ottimismo dell'estensore. Sembra tuttavia – o quanto meno *può* sembrare – che vi siano non uno, ma due "termini" (metto fra virgolette per ragioni evidenti, derivanti dall'evanescenza di quelle previsioni sinestetico-temporali) che regolano la tempistica delle attività di cui il comma parla.

Il primo "termine" discende dall'incipit del comma: «*in vista*» (onde la speranzosa, se volontaria, sinestesia). Qualcosa, dunque, che si scorge lontanissimo, tanto da essere forse inattingibile. Che si tratti di una visione non meno desïata che sottratta a ogni chelazione, lo si comprende con certezza non appena si prosegue nella lettura: la veduta riguarda addirittura qualcosa di non troppo diverso dal sol dell'avvenire, cioè «*un riordino organico della disciplina di settore*».

Ecco che quei quattro criteri di lettura ci vengono utili. Non c'è dubbio che il comma: a) riguardi il futuro (e che futuro!); b) concerna l'intero territorio. I fatti accaduti a Milano, se mai, sono solo una piccola *occasio* per mirare a traguardi di grande ambizione: arrivare cioè a terminare il ponte più lungo del mondo, iniziato nel lontano 1967 (con l'eponima legge n. 765), ma non più proseguito, né quindi mai terminato.

Superiamo, ancora, un'altra trascurabile incertezza: cosa s'intenda per «*disciplina di settore*». Quale settore? È semplicemente quello – così angusto, «*so eng*» – dei rapporti fra livelli di pianificazione? Penso invece che si tratti – come ho appena detto – del disegno molto ambizioso di donare all'Italia una nuova legge urbanistica dopo quella che fra mille difficoltà Gorla riuscì nel 1942 a strappare a un distratto, ma comunque renitente Mussolini.

In sintesi, il primo sintagma («*In vista di un riordino organico della disciplina di settore*») è – a causa del suo orizzonte temporale che coincide con l'infinito – affatto privo di qualunque significato precettivo (se si esclude un vago sentore di ottimistica parenesi). E ciò, anche perché

esso è svincolato da una previsione normativa; è lì – sembrerebbe – solo per tranquillizzare il lettore o il cittadino: quasi a dire che la normazione disegnata dalle parole successive ha sullo sfondo questo paesaggio, tanto agognato quanto illusorio.

Andiamo avanti. Incontriamo subito una seconda indicazione temporale: «*entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge*». Questa volta il termine è definito con precisione. E si riferisce a un non meglio definito atto o procedimento di coordinamento – da adottare «*previa intesa in sede di Conferenza unificata*» – fra «*il Governo, le regioni, le province, i comuni e le comunità montane*», ordinato a individuare:

a) «*i casi in cui è necessario adottare un piano particolareggiato o di lottizzazione*»,
b) «*gli interventi qualificati come ristrutturazione edilizia*».

Privo di una qualificazione espressa come perentorio, con annessa sanzione in caso d'inosservanza (ma non si vede qual mai potrebbe essere), anche questo secondo momento di regolazione *quoad tempus* resta esiliato in un limbo d'irrilevanza giuridica.

O *sembrerebbe* tale, cioè irrilevante. Invece quel termine gioca un ruolo fondamentale proprio perché ordinatorio. Intendiamoci bene.

Devo fare qui una precisazione. Dalle mie considerazioni precedenti si comprende che ho letto l'inizio del comma («*In vista di un riordino organico della disciplina di settore, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge* […]») come se identificasse *due* termini diversi, riferiti a *due* attività o atti diversi. Il primo è un (non) termine onirico/ottativo («*in vista di*»), e sembra appunto riferirsi al grande sogno dell'urbanistica italiana, cioè all'avvento della nuova legge organica. Il secondo è invece un termine realistico/ordinatorio («*entro sei mesi*») e si riferisce – sempre nell'opinabile mia lettura – a qualcosa di diverso: cioè al più modesto obiettivo dell'atto di coordinamento in tema di pianificazione attuativa e di ristrutturazione edilizia.

La sostanziale ineffettività dei due termini farebbe ritenere inutile il *distinguo* che ho appena articolato. Ma non è così.

Riferito a un qualunque atto giuridico, un termine ordinatorio è di regola irrilevante: la sua violazione non genera infatti effetti giuridici specifici, consentendo che l'atto sia posto in essere anche dopo la scadenza.

Tutto cambia, però, nel caso in cui vi sia una norma che limita la durata di un determinato istituto o regime giuridico sino al compimento di quell'atto sottoposto a un termine *ordinatorio*. Il risultato è chiaro: quell'istituto o regime giuridico avrà una durata tendenzialmente *sine die*.

Allo stesso modo, anzi *a fortiori*, se l'utilizzabilità di quell'istituto o regime giuridico è sottoposta a un termine ottativo («*in vista di*»).

È questo, in realtà, lo schema su cui è costruita la p.d.l. Ovviamente ci tornerò commentando i commi successivi al primo.

Tocca ora al *quid faciendum*, all'oggetto cioè della previsione. Semplicemente – il punto ormai è un *topos* fra i commentatori – quel *quid* non c'è, o meglio è giuridicamente impossibile. Poiché le norme in esame concernono il governo del territorio, la competenza regolativa (ovviamente intrasferibile) spetterebbe anzitutto – in sede concorrente *ex* art. 117, comma 3, Cost. – solo al Parlamento (per la definizione dei principî fondamentali) e alle Regioni. Ma la definizione qualificatoria degli interventi edilizi rientra nella potestà legislativa *esclusiva* dello Stato. Non è facile comprendere, pertanto, quale spazio possa avere qui un atto di coordinamento, e quale ruolo possano giocare Regioni, Province e Comunità montane.

Ancora. Il comma ha un inciso: «*nell'ambito dei vincoli desumibili dalla normativa nazionale*». Tralasciamo la scelta lessicale incentrata sulla nazione invece che sullo Stato. Cosa sono di preciso questi «*vincoli*» nel cui «*ambito*» – si noti bene – la normazione *de qua* deve restare?

La risposta deve partire da un presupposto: non cercare nell'inciso in commento una precisione terminologica troppo elevata. Lo abbiamo appena fatto con il sintagma «*normativa nazionale*»; lo rifacciamo – per coerenza di metodo – col lemma «*vincoli*». La p.d.l. non si riferisce certo ai vincoli urbanistici, pena l'immediata perdita di senso dell'inciso. Allargandone l'area semantica, possiamo arrivare al risultato interpretativo secondo cui questi misteriosi vincoli altro non sarebbero – versando in materia a potestà ripartita – che i principi fondamentali della materia «*governo del territorio*». Se così fosse, il comma 1 prevedrebbe, in sostanza, che un qualche soggetto pubblico (non si sa bene chi, ma non quelli incaricati dalla norma, atteso il loro palese difetto di competenza: lo abbiamo appena visto) dovrebbe individuare «*i casi in cui è necessario adottare un piano particolareggiato o di lottizzazione*» e «*gli interventi qualificati come ristrutturazione edilizia*». Ma dovrebbe fare tutto ciò – ecco il punto – senza assolutamente permettersi di modificare i principi fondamentali vigenti con riguardo ai due profili appena citati. Purtroppo per la p.d.l., sta di fatto che questi principi fondamentali sono a maglie così strette da non permettere neppure una legislazione per così dire interstiziale, cioè di loro completamento *in adminiculis*.

Si tratta, infatti:

– per quanto riguarda «*i casi in cui è necessario adottare un piano particolareggiato o di lottizzazione*», dell'art. 41-*quinquies*, comma 6, l. n. 1150/'42 e dell'art. 8, d.m. 1444/'68; siamo addirittura al cospetto del primo Lep di cui si sia dotato l'ordinamento italiano, come ribadito dal Clep proprio su espressa mia richiesta, formulata all'interno del relativo sottogruppo n. 6 (chiamato appunto a identificare i Lep nella materia «governo del territorio»).
– per ciò che concerne poi «*gli interventi qualificati come ristrutturazione edilizia*», dell'art. 3, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 380/'01: il cui contenuto, come noto, non trova pace testuale proprio nel tentativo di pervenire a una perimetrazione definitoria sempre più precisa.

Non v'è dunque nulla da regolare, perché nell'«*ambito*» in questione non vi sono spazi vuoti.

A meno che – il dubbio è forse malizioso – la *ratio* della norma non sia un'altra: non quella (ontologicamente impossibile) di *dettagliare* i principi fondamentali nei due settori della pianificazione attuativa e della ristrutturazione edilizia, ma di *cambiarli*. Se è così, lo capiremo dall'analisi dei commi successivi. Anticipo le conclusioni: la risposta è affermativa, poiché l'obbiettivo della p.d.l., come desumibile dall'analisi complessiva di tutti i commi di cui è composta, è quello di *modificare* i principi fondamentali desumibili sino a oggi. E ciò, anche se – visto come è scritta la norma – non è possibile modificare i principi fondamentali rimanendo, contraddittoriamente, nel loro ambito.

Questo comma primo finisce come è iniziato: oniricamente, fra Leopardi e Foscolo. Agli interminati spazi che – come dice in apertura il comma – ci separano dalla nuova legge organica (il «*riordino organico della disciplina di settore*») corrisponde, in chiusura, il catalogo delle magnifiche sorti e progressive perseguende dai suddetti coordinanti. E il comma non pecca certo di poca ambizione, nel disegnarle: «*attivare processi di rigenerazione urbana, di riqualificazione di aree urbane degradate, di recupero e valorizzazione di immobili e spazi urbani dismessi o in via di dismissione e favorire, nel contempo, lo sviluppo di iniziative economiche, sociali, culturali o di recupero ambientale.*».

Chiusa l'analisi testuale del comma, proviamo a distillarne il senso.

Il compito non è arduo, in realtà.

Raccogliamole, quelle gocce:

– si conferma l'attesa messianica della nuova legge urbanistica; qui la

rilevanza normativa è ovviamente nulla;
– si stabilisce che si proceda a un atto di coordinamento, ma entro un termine brevissimo (sei mesi) e comunque ordinatorio;
– qui occorre fare attenzione: la rilevanza normativa è nulla quanto al raggiungimento *effettivo* dell'obbiettivo (riordino della disciplina di settore e coordinamento entro il termine ordinatorio di sei mesi); ma, al contrario, è notevolissima se all'*effettivo* avvento della nuova legge organica o al compimento dell'atto di coordinamento – non soggetti in pratica ad alcun termine, quindi differibili *ad infinitum* – la normazione collega la durata di un istituto o regime giuridico;
– l'atto di coordinamento è impossibile *soggettivamente* per incompetenza assoluta delle *figurae* pubbliche che dovrebbero farlo;
– l'atto di coordinamento è impossibile *oggettivamente* perché la normazione su cui esso deve "incidere" precisandone i contenuti è già molto dettagliata;
– si può quindi ipotizzare che scopo reale dell'atto di coordinamento sia non precisare, ma *modificare* quei contenuti.

3. *Il comma 2 della p.d.l. 1987. Eccesso di discrezionalità applicativa e rischio di inattuazione per burocrazia difensiva*

Passiamo al comma 2. Lo riporto, sempre per comodità di lettura.

«*2. Gli interventi realizzati o assentiti fino alla data di entrata in vigore della disciplina di riordino del settore di cui al comma 1 del presente articolo non preceduti dall'approvazione preventiva di un piano particolareggiato o di lottizzazione convenzionata, di cui all'articolo 41-quinquies, sesto comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e all'articolo 8 del decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968, fatti salvi quelli per i quali sia stata disposta la demolizione o riduzione in pristino con provvedimento definitivo, sono considerati conformi alla disciplina urbanistica, nel rispetto delle condizioni di cui al comma 3, nei seguenti casi:*
a) edificazione di nuovi immobili su singoli lotti situati in ambiti edificati e urbanizzati;
b) sostituzione di edifici esistenti in ambiti caratterizzati da una struttura urbana definita e urbanizzata;
c) interventi su edifici esistenti in ambiti caratterizzati da una struttura urbana

definita e urbanizzata che determinino la creazione di altezze e volumi eccedenti i limiti massimi previsti dall'articolo 41-quinquies, sesto comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ferma restando l'osservanza della normativa tecnica delle costruzioni.».

Iniziamo l'analisi testuale.

Anzitutto, è importante il dato di "sbarramento" temporale indicato in apertura: «*Gli interventi realizzati o assentiti fino alla data di entrata in vigore della disciplina di riordino del settore di cui al comma 1 del presente articolo*».

Il comma concerne quindi sia interventi (già) realizzati, sia (soltanto) assentiti.

La normazione racchiusa nel comma, e che esamineremo, regola entrambe le categorie di interventi (cioè quelli già realizzati e quelli soltanto assentiti) «*fino alla data di entrata in vigore della disciplina di riordino del settore di cui al comma 1 del presente articolo*».

Richiamate le osservazioni relative al comma 1, è necessario identificare la data sino alla quale la regolazione del comma 2 resterà applicabile. Questione purtroppo semplice, credo.

Dal punto di vista strettamente letterale la disposizione in esame, sul punto, è poco chiara: lo "sbarramento" temporale si riferisce all'avvento della nuova legge urbanistica o – con laicità più sobria– all'atto di coordinamento?

Confrontiamo in modo ravvicinato cosa dicono sul punto i due commi. Comma 1: «*In vista di un riordino organico della disciplina di settore, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge* […]». Comma 2: «*Sino alla data di entrata in vigore della disciplina di riordino del settore di cui al comma 1*».

Il comma 2 potrebbe riferirsi alternativamente a entrambi i "momenti" del comma 1 (alla legge organica o all'atto di coordinamento), poiché ne mischia le parole.

Ritengo sinceramente che la scarsa precisione con cui è scritto il comma (e la p.d.l. in generale) non meriti uno sforzo esegetico particolare, anche perché il risultato non cambierebbe, in concreto, di molto. Che questo "sbarramento" si produca con l'arrivo della nuova legge organica o dell'atto di coordinamento, l'effetto non cambia: i due eventi sono comunque incertissimi *an et quando*, certa essendo solo la grande distanza che ci separa dallo "sbarramento".

Alle corte. Qui – a seconda delle scelte esegetiche – o lo "sbarramento" (la nuova legge urbanistica) non arriverà mai ovvero fra molto, troppo

tempo; o arriverà quando si farà l'atto di coordinamento, che però – come ho detto – è impossibile *ratione subiecti atque obiecti*: e così ricadiamo nel primo caso.

Ne deriva che non esiste nessuno "sbarramento" temporale; e che – conseguenza ultima e fondamentale – l'esaminanda normazione racchiusa nel comma 2, nel regolare gli interventi già realizzati e quelli soltanto assentiti, si applicherà sostanzialmente *ad infinitum*.

Siamo in somma di fronte a una regolazione *ordinaria*, *stabile* e *a regime*, sebbene qualificata come *straordinaria*, *eccezionale* e *temporanea*.

È venuto il momento di esaminare questa regolazione.

Riguarda gli interventi – con indice superiore a 3 mc/mq o altezza superiore a 25 metri – che i Comuni hanno assentito o che sono già stati realizzati, *in via diretta*, cioè *in assenza del necessario piano attuativo*: violando quindi l'art. 41-*quinquies*, comma 6, l. urb. e l'art. 8, d.m. n. 1444/'68.

Il comma in esame qualifica costitutivamente questi interventi come «*conformi alla disciplina urbanistica*» alle condizioni che esaminerò qui di seguito.

La *ratio* è dichiarata nella relazione alla p.d.l.: sovrapporre una fonte di diritto legislativo all'attuale diritto giurisprudenziale, che non è univoco circa la possibilità di procedere in via diretta ove l'area interessata dall'intervento sia già urbanizzata (come dimostrano i casi milanesi).

Il baricentro della p.d.l. sta dunque nell'analisi dei *casi* (disciplinati nello stesso comma 2) in cui è possibile beneficiare di questa trasformazione alchemica e postuma di conformità, e in presenza di quali *condizioni* (regolate nel comma 3).

Cominciamo con l'analisi dei casi, che sono in tutto tre.

- «*edificazione di nuovi immobili su singoli lotti situati in ambiti edificati e urbanizzati*».

Il perimetro applicativo della norma è molto incerto. Cosa vuol dire precisamente il sintagma «*ambiti edificati e urbanizzati*»? Chi decide – assumendosene la responsabilità pesantissima – e in base a quali criteri che questo o quell'ambito ha caratteristiche siffatte? L'estrema vaghezza di questa disposizione provoca un effetto paradossale: attribuisce sì una grande discrezionalità all'organo dell'applicazione (un ufficio tecnico comunale); ma proprio l'eccessività di quel potere – e la mancanza di una "guida" interpretativa sempre di rango primario – potrebbe condurre ad atteggiamenti burocraticamente difensivistici, che vanificherebbero la larghezza improvvida delle maglie con cui essa è stata scritta.

- «*sostituzione di edifici esistenti in ambiti caratterizzati da una struttura urbana definita e urbanizzata*».

Mentre la lett. a) parla – come abbiamo appena visto – di interventi in imprecisati «*ambiti edificati e urbanizzati*», la lett. b) regola le trasformazioni in «*ambiti caratterizzati da una struttura urbana definita e urbanizzata*». La situazione è – se possibile – ancora peggiore; e maggiore è il rischio che in questo modo si addossa sugli organi dell'applicazione: qui i concetti imprecisi sono addirittura aumentati rispetto alla lett. a), passando da due («*edificati*» e «*urbanizzati*») a tre («*urbana*», «*definita*» e «*urbanizzata*»). Richiamo quindi le considerazioni già fatte sopra, sottolineando le perplessità *maggiori* che la disposizione desta.

- «*interventi su edifici esistenti in ambiti caratterizzati da una struttura urbana definita e urbanizzata che determinino la creazione di altezze e volumi eccedenti i limiti massimi previsti dall'articolo 41-quinquies, sesto comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ferma restando l'osservanza della normativa tecnica delle costruzioni*».

Il caso è identico a quello *sub* b) (entrambi si riferiscono a interventi in «*ambiti caratterizzati da una struttura urbana definita e urbanizzata*») quanto al perimetro applicativo. Le perplessità sono dunque le stesse.

Quanto alla tipologia degli interventi presi in considerazione dal comma, i tre «*casi*» coprono – ovviamente – la totalità delle ipotesi configurabili: a) «*edificazione di nuovi immobili*»; b) «*sostituzione di edifici esistenti*»; c) «*interventi su edifici esistenti*».

In sintesi, tutti e tre i «*casi*» non sono tipizzabili per eccessiva indeterminatezza delle relative previsioni. Il disegno a maglie larghe è stato voluto dall'estensore della p.d.l., proprio per comprendere all'interno dei tre «*casi*» il maggior numero possibile di fattispecie concrete: siano esse già assentite, o già assentite e realizzate, o assentite in futuro senza orizzonti temporali prevedibili (ma di certo non ravvicinati). Proprio questa strategia regolativa "omnicomprensiva", però, rischia di ritorcersi contro la stessa *ratio* della previsione, poiché scarica sull'organo dell'applicazione l'intera responsabilità della tipizzazione: onde il probabile verificarsi di atteggiamenti difensivi, già largamente in atto nel «caso Milano», che di questa esperienza di normazione è l'*occasio proxima*.

4. *Il comma 3. Conformità o mera compatibilità degli interventi? Verso un vieto condono discrezionale*

Vediamo adesso se il comma 3, che ci accingiamo ad analizzare, diminuisce il "tasso" di discrezionalità circolante nei tre «*casi*» che alimentano l'ecosistema della p.d.l., o se invece prosegue lungo lo stesso canone. Ecco il testo.

«3. *La conformità alla disciplina urbanistica nei casi di cui al comma 2 è, in ogni caso, soggetta al rispetto delle seguenti condizioni:*

a) verifica di adeguatezza delle dotazioni territoriali e dei parametri urbanistici sulla base della legislazione regionale e degli strumenti urbanistici comunali;

b) rispetto, limitatamente agli interventi di nuova costruzione, della distanza minima tra fabbricati, derogabile tra fabbricati inseriti all'interno di piani attuativi e di ambiti con previsioni planivolumetriche oggetto di convenzionamento unitario».

Come si vede, i tre «*casi*» alternativi regolati (a maglie larghissime, lo ripeto) nel comma 2 sono sottoposti a due «*condizioni*» di applicabilità.

Partiamo dalla prima, di cui alla lett. a):

«*a) verifica di adeguatezza delle dotazioni territoriali e dei parametri urbanistici sulla base della legislazione regionale e degli strumenti urbanistici comunali*».

Faccio subito due rilievi, che corrispondono – è evidente – ad altrettanti concetti giuridicamente indeterminati: «*adeguatezza*» e «*sulla base*». Possiamo tuttavia esaminarli congiuntamente, visto che nella struttura linguistico-performativa della disposizione costituiscono un unico sintagma: «*adeguatezza* […] *sulla base*».

Incontriamo subito una palese *contradictio in terminis*. Questo comma 3 – come il comma 2 – usa il concetto tecnico di *conformità*: cioè di *stretta sovrapponibilità* a un determinato parametro di riferimento, a sua volta idoneo – per la sua almeno tendenziale oggettività – a generare una valutazione il più possibile priva di margini di discrezionalità o addirittura di arbitrio. Ma il modello concretamente utilizzato dai commi 2 e 3 non è affatto quello del giudizio di conformità, bensì quello di mera compatibilità.

Non richiedendo infatti – al di là delle parole impiegate – una precisa

"*conformità*", ma solo una assai più blanda «*adeguatezza* […] *sulla base*», la disposizione non impegna affatto l'organo dell'applicazione a una verifica – come appena detto – di stretta sovrapponibilità, ma solo di *larga compatibilità* del manufatto assentito (o già realizzato) rispetto a un parametro astratto. Credo sia qui sufficiente, pertanto, richiamare le considerazioni che ho fatto circa l'amplissima discrezionalità che connota i tre «*casi*» del comma 2 con i consequenziali rischi di burocrazia difensiva.

La «*condizione*» in esame, inoltre, contiene un terzo concetto indeterminato: «*dotazioni*». Non è chiaro a cosa la disposizione intenda riferirsi. Possiamo sì, genericamente, intuire che si tratti della c.d. città pubblica, cioè dell'insieme dei servizi per la residenza nelle sue plurime concretizzazioni (opere di urbanizzazione primarie e secondarie). Ma quella parola, da sé, non restituisce nessun significato preciso che possa fungere da guida applicativa all'operatore: in tal modo ulteriormente caricato di responsabilità, e dunque ancor più desideroso di fuggirla (o di fuggire lui stesso, come non casualmente pare stia accadendo a Milano).

Ha una sua ragion d'essere strategica, questa sin troppo evidente *contradictio* fra giudizio di conformità (letterale) e vaga compatibilità (sostanziale)? Forse è la stessa che connota tutta la normazione dei commi 1-3: perseguendo l'obiettivo principale di far uscire gli interventi già realizzati dallo stato *illegittimo* in cui oggi versano, essa discorre di *conformità* per far – diciamo così – risuonare nel modello normativo il senso di una assentibilità *oggettiva* – sia pur accertata *post factum* – degli interventi che ne beneficeranno. Detto in sintesi: si presenta come accertamento di conformità (*ad instar* del modello *ex* art. 36, d.P.R. n. 380/'01) ciò che, in realtà, mi appare un condono discrezionale. Strada, quest'ultima, sbarrata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Esaminiamo adesso il parametro sulla cui «*base*» la norma prescrive che si faccia questa evanescente verifica di «*adeguatezza*» delle «*dotazioni territoriali*»: sono la «*legislazione regionale*» e «*gli strumenti urbanistici comunali*».

Come pure si vede chiaramente, la disposizione utilizza come parametro non la normazione statale, ma solo «la «*legislazione regionale*» e «*gli strumenti urbanistici comunali*». Il motivo parrebbe chiaro. Gli interventi in questione sono per definizione non conformi al livello regolativo statale (cioè all'art. 41-*quinquies*, comma 6, l. urb. e l'art. 8, d.m. n. 1444/'68), tanto che la p.d.l. ha proprio la funzione di farli divenire conformi (al ricorrere

delle «*condizioni*» che sto esaminando). In sintesi, la legittimazione di questi manufatti avviene prendendo in considerazione (nel senso latissimo già detto) soltanto i livelli regolativi "inferiori": quello delle leggi regionali e quello degli strumenti comunali. Il che significa, detto diversamente, che i due livelli regolativi regionale e comunale contengono – o comunque possono contenere – norme derogatorie rispetto al livello statale.

5. *Il cuore della vicenda: la sgradita inderogabilità degli standard*

Giunti a questo punto preciso, si entra direttamente in una questione ben nota: la derogabilità del d.m. 1444/'68 da parte delle leggi regionali (e, in via discendente, degli strumenti comunali): per essere più espliciti, l'inaccettabile frammentazione regionalista degli standard.

Riavvolgiamo il nastro. Standard è *stendardo*, *vessillo*; dunque simbolo. Nel nostro caso, simbolo di *civiltà*, lemma nobilissimo che ha lo stesso etimo di *città*: è l'unico *corpus* normativo *ante litteram* sui LEP di cui l'Italia – come detto – sia riuscita a dotarsi; peraltro conquistandolo con grande fatica, e con ancora maggiore difendendolo da spinte abolizioniste o comunque riduzioniste non assenti nel Comitato per l'individuazione dei LEP (il CLEP: quale componente di quel Comitato e del relativo sottogruppo adibito all'individuazione dei livelli essenziali nel governo del territorio, mi permetto di imputarmene una sia pur minuscola parte di merito difensivo). Anche il testo di riforma che il Gruppo di lavoro ministeriale presieduto da Costanza Pera ha elaborato nel luglio 2019 non ha purtroppo avuto molto seguito, pur essendo gli standard – dice giustamente la relazione d'accompagnamento – «*una garanzia cruciale per la messa in opera di diritti fondamentali dei cittadini*».

Gli standard non furono – come non sono adesso – una semplice e algida giuridificazione dell'idea di città mediante l'uso di indici numerici. Furono invece – e sono ancora – molto di più. Tutti sanno, infatti, che per conquistare quella regolazione bisognerà attendere – cosa tipicamente italiana – le disgrazie di Firenze e di Agrigento. Si arrivò così alla (peraltro ambiguissima: ricordiamoci sempre il disastroso anno di moratoria) legge ponte n. 765/'67 e – per essa – ai nostri preziosi standard sessantotteschi. Ma non possiamo dimenticare il contesto specifico nel quale nacquero, perché esso ha ancora molto da insegnarci, con i suoi tanti *caveas*. Uno

di essi ci viene da Carlo Odorisio, che rappresentava l'ANCE all'interno del Consiglio superiore dei lavori pubblici, dove si svolse in quell'anno la discussione sui contenuti dell'articolato: «*la finalità della "legge ponte" fu quella di far compiere al Paese un vero salto di qualità nella gestione urbanistica attraverso una grande promozione dei p.r.g., ma in un clima di sostanziale sfiducia nei confronti degli enti locali.* […] *È facile quindi comprendere il significato che ebbe allora il decreto sugli standard e anche i modi della sua formulazione: uno strumento semplice, con delle regole generalizzate che potessero garantire almeno alcuni elementi di base per una corretta redazione degli strumenti urbanistici, nella convinzione che non ci si potesse fidare più di tanto degli enti locali*». Gli standard del 1969, in somma, sono un patrimonio tecnico-culturale dell'Italia migliore, dove hanno dialogato in modo fecondo ed equilibrato la logica della tutela e lo spirito del profitto.

Anche la *scientia iuris* ha fatto pienamente il suo dovere, proteggendo quello scarno, semplice articolato e – con esso – *le speranze di una vita più dignitosa a favore delle classi più deboli*: le quali confidano di necessità non negli spazi privati, ma nei servizi offerti dalla città pubblica. Tutte le alte Corti italiane si sono infatti *inventate* – *à la* Paolo Grossi – la natura legislativa del d.m. n. 1444/'68 proprio al fine di proteggerlo dagli attacchi che da più parti gli sono stati mossi. Il motivo è nobile: una normazione di rango assolutamente primario *nel sistema socio-economico* italiano richiedeva altrettale collocazione *anche nel sistema delle fonti*; che però è poco disponibile – almeno stando alle regole che lo disciplinano – ad accogliere un decreto ministeriale sul gradino più alto dell'ordinamento in senso formale (in disparte ovviamente le norme costituzionali).

Vi ha anzitutto provveduto la Consulta (fra le tante, la sent. 24 febbraio 2017, n. 41) che ha attribuito al d.m. del 1968 «*efficacia precettiva e inderogabile*» in quanto richiamato dall'art. 41-*quinquies* della legge ponte. Secondo la Cassazione, poi (Cass., II, 27 marzo 2001, n. 4113), la normazione regolamentare in esame «*ha efficacia di legge dello Stato, essendo stato emanato il decreto che la contiene su delega della legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150*»; e ancora: «*l'accertata efficacia legislativa del decreto ministeriale obbliga i Comuni a redigere e revisionare gli strumenti urbanistici senza discostarsi dalle regole inderogabili da esso fissate, perché l'autonomia normativa loro conferita dall'art. 33 della menzionata legge nella materia edilizia e, in particolare, in quella delle distanze tra fabbricati, incontra un limite insuperabile nell'art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale, per il quale una norma regolamentare locale non può apportare modifiche*

a norme di rango superiore. E lo stesso art. 33, nell'attribuire ai Comuni il potere regolamentare, stabilisce che esso deve essere esercitato "in armonia con le disposizioni della presente legge", il che comporta, da parte di tali Enti, anche l'osservanza dell'art. 9 del decreto ministeriale del 1968 il quale, per quel che si è detto, trae la sua forza cogente dall'art. 41-quinquies della medesima legge».

Possiamo adesso vedere più da vicino i fronti dell'attacco che le Regioni hanno mosso avverso il decreto n. 1444/'68.

La prima offensiva ha mirato alle *distanze* minime fra gli immobili: profilo – come vedremo analizzando il comma 3, lett. b), della p.d.l. – che per noi ha un rilievo particolare.

La Consulta ha saputo resistere molto bene, elaborando la nota ed elegante tesi della *doppia valenza*: le norme sulle distanze che regolano rapporti interprivati concernono l'ordinamento civile e quindi ricadono nella competenza esclusiva statale; se si esce, invece, dalle relazioni puntuali interdominicali e si attinge il livello pianificatorio (ancorché le *figurae* in concreto scelte non siano i classici piani di lottizzazione o piani particolareggiati, ma siano invece atipiche), si versa nel campo del governo del territorio, onde la competenza concorrente fra Stato e Regioni, le quali possono derogare alle distanze minime stabilite dalle norme statali. In quest'ultimo caso, la compresenza regolativa dei due soggetti pubblici pone il problema di individuare il criterio onde scrutinare la legittimità o meno di una specifica scelta regionale derogatoria. La Consulta ha individuato il «*punto di equilibrio*» nell'art. 9, ultimo comma, d.m. n. 1444/'68 (secondo cui «*Sono ammesse distanze inferiori a quelle indicate nei precedenti commi, nel caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche.*»). È ancora C. cost. n. 41/'17, cit., a parlare: «*la deroga alla disciplina delle distanze realizzata dagli strumenti urbanistici deve, in conclusione, ritenersi legittima sempre che faccia riferimento ad una pluralità di fabbricati ("gruppi di edifici") e sia fondata su previsioni planovolumetriche che evidenzino, cioè, una capacità progettuale tale da definire i rapporti spazio-dimensionali e architettonici delle varie costruzioni considerate come fossero un edificio unitario (art. 9, ultimo comma, del d.m. n. 1444 del 1968)*». Ribadendo la vigenza del principio di pianificazione anche in tema di distanze (tranne che nei rapporti meramente privatistici fra immobili finitimi), la Corte ha dunque reso un cattivo servizio agli interessi che vorrebbero trasformare il territorio senza subire vincoli di piano, e dunque senza troppi obblighi di reperimento di standard.

Prima di proseguire, però, devo sottolineare ancora una volta un punto che si rivelerà centrale: sin qui l'aggressione (sventata) al decreto n. 1444/'68 aveva avuto come obbiettivo *soltanto le norme, ivi racchiuse, in tema di distanze*. Nel 2013 l'attacco ha riguardato la materia degli standard con riguardo alle quantità minime di spazi pubblici da assicurare in sede di pianificazione comunale. La norma che ha veicolato l'attacco è – come noto – l'art. 2-*bis*, d.P.R. n. 380/'01 (introdotto dalla l. n. 98/'13, che ha convertito il d.l. n. 69/'13, c.d. decreto "del fare"). Ecco il testo:

«Art. 2-*bis*. (Deroghe in materia di limiti di distanza tra fabbricati). 1. *Ferma restando la competenza statale in materia di ordinamento civile con riferimento al diritto di proprietà e alle connesse norme del codice civile e alle disposizioni integrative*, *le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono prevedere, con proprie leggi e regolamenti, disposizioni derogatorie al DM 2 aprile 1968, n. 1444 e possono dettare disposizioni sugli spazi da destinare agli insediamenti residenziali, a quelli produttivi, a quelli riservati alle attività collettive, al verde e ai parcheggi, nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali*.».

Il senso della disposizione è abbastanza chiaro. L'articolo mira non a uno, ma a *due* risultati.

Il primo. Facendo – ovviamente – salva la competenza statale nella regolazione delle distanze ove si tratti di meri rapporti interdominicali, esso non fa che recepire e legificare la giurisprudenza costituzionale che abbiamo ricordato più sopra (*i.e.* la sentenza n. 41/'17 *etc.*). Sin qui, nulla di particolarmente rilevante. Anzi, potremmo persino esprimere un apprezzamento positivo nei confronti di una norma che mette fine alla necessità di quella *Wertjurisprudenz* provvidamente *contra legem* che aveva elevato il d.m. n. 1444/'68 a norma di rango primario-legislativo.

Ma si noti: l'art. 2-*bis* non "consolida" *tutto* il d.m. citato, ma *soltanto le norme sulle distanze* (come lette dalla Consulta). Quanto invece alla parte restante del d.m. (di gran lunga la più rilevante), l'art. 2-*bis* non solo non la protegge da interventi regionali derogatori, *ma quelle deroghe espressamente consente* (è questo il secondo dei due risultati cui accennavo). In altre parole, la disposizione in esame non garantisce affatto al d.m. un più elevato rango formale, ma lo abbandona invece a sé stesso proprio dove esso contiene le previsioni più qualificanti: quelle che per quarantacinque anni

di storia italiana ne hanno fatto il segno di una speranza per un dignitoso *Existenzminimum*.

Superata in questo modo la barriera protettiva giurisprudenziale che – sia pur con comprensibili forzature teoretiche – aveva legificato il d.m. n. 1444/'68, le raffiche regionaliste (per usare una colorita e preveggente espressione di Concetto Marchesi in sede costituente) sono partite subito; la grande maggioranza delle Regioni ha regolato gli standard ponendosi in modalità *do it by yourself* o – se si preferisce un francesismo – *à la carte*.

Un *dossier* ANCE del 2015 censiva, infatti, sette regioni che si erano avvalse dell'art. 2-*bis* e avevano quindi prodotto normazioni in deroga.

Lo stesso *dossier*, aggiornato al 2022, rilevava che il numero era salito a tredici. Numero – avvisava onestamente lo stesso *dossier* – che «*non ha tenuto conto delle disposizioni regionali attuative dell'art. 2*-bis *legate all'applicazione dei Piani casa a carattere straordinario di cui all'Accordo Stato-Regioni del 1° aprile 2009*»: non posso soffermarmi qui su quella esperienza urbanistica così negativa, la quale ha purtroppo dato un importante contributo *in peius* al grave processo di depianificazione che ancora affligge l'Italia; dico solo che anche quella normazione sul piano casa – figlia dichiarata dell'art. 2-*bis*, dunque intrisa di derogatorietà (*id est* di eversività rispetto ai due fondamentali principî di pianificazione e di standardizzazione delle trasformazioni edilizie) – nacque sì come straordinaria, ma subito tese (e tende) protervamente a eternizzarsi (tra le tante, cito la l.r. Puglia n. 36/'23).

A riprova, poi, di quanto sia sempre in agguato il pericoloso *piercing effect*, ossia la crepa iniziale che poi fa crollare l'intera diga, è interessante soffermarsi un attimo sulla lettura dell'art. 2-*bis* offerta proprio dall'ANCE nel *dossier* 2022 appena ricordato. L'associazione dei costruttori aveva ritenuto che l'art. 2-*bis* peccasse di riduttivismo, poiché «[…] *fin dalla sua entrata in vigore, ha fatto sorgere molti dubbi interpretativi perché la rubrica parla di deroghe in materia di distanza tra fabbricati, mentre il testo contiene un riferimento generico a "disposizioni derogatorie al DM 1444/68". La norma inoltre lega le deroghe alla "definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali ad un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali", senza un riferimento espresso alle fattispecie, potenzialmente rilevantissime, di intervento in diretta esecuzione del piano urbanistico generale. Le Regioni hanno inizialmente emanato norme ampie che consentivano deroghe sia alle distanze, che agli altri standard e limiti edilizi, e riguardavano sia interventi ricompresi in piani attuativi, sia interventi puntuali ossia su singoli edifici*». Purtroppo, però, la Consulta – prosegue rammaricato

il *dossier* – ne ha censurate più d'una, proprio applicando la teoria della doppia valenza.

Tredici Regioni nel 2022, dice dunque il coevo *dossier* ANCE, hanno usato il grimaldello dell'art. 2-*bis* cit. per legiferare consentendo ai Comuni di derogare agli standard. Quel *dossier*, però, è stato ancora aggiornato pochi mesi fa, cioè il 10 aprile 2024. La situazione, adesso, è che – dalle sette del 2015 e dalle tredici del 2022 – le Regioni "deroganti" sono divenute ben diciassette: solo Molise, Sardegna e Valle d'Aosta non hanno – almeno sino a oggi – "approfittato" dell'art. 2-*bis*.

Come nel *dossier* 2022, anche in quello del 2024 si leggono considerazioni interessanti sulla norma appena citata, a cominciare dall'*incipit*: «*Uno dei principali problemi che si frappongono ad una realizzazione diffusa ed agevole degli interventi di rigenerazione del patrimonio edilizio esistente, soprattutto mediante demolizione e ricostruzione, è rappresentato dal rispetto delle disposizioni sugli standard urbanistici (rapporti fra insediamenti e spazi/immobili pubblici o per attività di interesse generale) ed edilizi (limiti inderogabili di densità edilizia, altezza, distanza fra edifici) contenute nel DM 1444/1968. Gli interventi di "sostituzione edilizia" si inseriscono generalmente in un contesto urbano consolidato che, soprattutto in presenza di aumenti di volumetria, rende difficile il rispetto di limiti di densità, distanza o di altezza, così come il reperimento di aree da destinare a standard urbanistici*.».

Sono verità innegabili: gli standard impediscono o comunque ostacolano, e senza alcun dubbio, «*una realizzazione diffusa ed agevole degli interventi di rigenerazione del patrimonio edilizio esistente, soprattutto mediante demolizione e ricostruzione*». La questione vera nasce proprio qui, e ha forma di bivio: dobbiamo essere contrari a che gli standard si ergano come ultima e insuperabile barriera a una nuova densificazione edilizia *senza servizi per la residenza*? Oppure essere assai lieti di questa difesa estrema? Come ho già detto, il nostro d.m. contiene livelli essenziali delle prestazioni: come tali, inderogabili dalle Regioni. Ecco perché ritengo certamente giusto prendere atto della vetustà che affligge il d.m.: ma – attenzione! – non per *depotenziarlo* o (peggio) *abrogarlo sic et simpliciter*, ma per *sostituirlo* (senza spazi temporali vuoti di tutela) con un altro modello, più aggiornato.

Riconosco con piacere che – rispetto al *dossier* 2022 – il *dossier* 2024 parrebbe esprimere una posizione di ANCE assai più ragionevole; ascoltiamone quindi la chiusura: «*Oggi, a seguito di numerose pronunce della giurisprudenza sia costituzionale (sentenze n. 178/2016, 231/2016, 41/2017, 217/2020) sia amministrativa (Consiglio di Stato, ord. 1949/2022, ord. 1431/2019) è preva-*

lente una lettura restrittiva dell'art. 2-bis come finalizzato a consentire previsioni derogatorie al DM 1444/1968 solo se recepite in piani urbanistici attuativi funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio e non riguardanti anche interventi relativi a singoli edifici. L'orientamento restrittivo della giurisprudenza, le esigenze territoriali nascenti dai nuovi bisogni sociali ed economici e da ultimo anche la prospettiva della riforma costituzionale sull'autonomia regionale differenziata (art. 116 Cost.) confermano, a giudizio dell'Ance, l'urgenza di andare oltre la previsione di deroghe regionali, definendo una nuova disciplina degli standard urbanistici ed edilizi che, anche nell'ottica della riduzione del consumo di suolo, preveda regole specifiche per la rigenerazione urbana».

Sottolineo particolarmente questi concetti, che condivido pienamente: cioè «*l'urgenza di andare oltre la previsione di deroghe regionali, definendo una nuova disciplina degli standard urbanistici ed edilizi che, anche nell'ottica della riduzione del consumo di suolo, preveda regole specifiche per la rigenerazione urbana*».

Si noti: ANCE richiama – fra le altre – proprio una pronuncia che riguarda la Lombardia, e cioè l'art. 103, comma 1-*bis*, l.r. n. 12/'05 (rubricata «*Legge per il governo del territorio*»): «*Ai fini dell'adeguamento, ai sensi dell'articolo 26, commi 2 e 3, degli strumenti urbanistici vigenti, non si applicano le disposizioni del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765), fatto salvo, limitatamente agli interventi di nuova costruzione, il rispetto della distanza minima tra fabbricati pari a dieci metri, derogabile tra fabbricati inseriti all'interno di piani attuativi e di ambiti con previsioni planivolumetriche oggetto di convenzionamento unitario.*».

Si tratta dell'ordinanza n. 1949/'22, resa dalla Sezione quarta del Consiglio di Stato, che – nel sollevare questione di legittimità costituzionale dei citati art. 2-*bis*, d.P.R. n. 380/'01 e art. 103, comma 1-*bis*, l.r. Lombardia n. 12/'05 – ha perfettamente illustrato la "pericolosità" di questo sistema normativo derogatorio. Sia pur non coronato da successo (con sentenza n. 85/'23 la Consulta l'ha infatti dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza), l'atto di promovimento merita il richiamo di alcuni suoi passi per la puntualità delle sue argomentazioni: «[…] *la nuova disposizione statale introdotta nel 2013, intervenendo in materia di competenza concorrente senza porre alcun confine di principio al potere di deroga attribuito a tutte le regioni rispetto*

alle preesistenti norme statali, senza assolvere alla funzione propria attribuita dalla Costituzione allo Stato di individuare i principi, così rendendo certamente possibili legislazioni regionali molto diverse tra di loro, contrasterebbe con l'art. 117, terzo comma, Cost. Inoltre, andrebbe esplorato anche un altro possibile profilo di legittimità costituzionale, rispetto all'art. 117, secondo comma Cost., attinente alle materie di competenza esclusiva dello Stato. Si tratta di valori costituzionali che […] *sono oramai strettamente correlati alla materia del "governo del territorio", quali la materia attinente alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali"* [117, secondo comma, lett. m)]. […] *Può dunque ritenersi, posto che nella materia del governo del territorio le leggi regionali debbano rispettare le norme di principio della legislazione statale, che il nono comma dell'articolo 41-quinquies della legge n. 1150/1942 esprima l'esigenza che le dotazioni di spazi pubblici, infrastrutture, servizi etc. rispondano a criteri di definizione omogenei su tutto il territorio nazionale, non essendo costituzionalmente ammissibile che possano esservi discrasie anche vistose tra Regione e Regione, in virtù dei diversi rapporti e parametri liberamente individuabili dalle diverse legislazioni regionali.* […] *In definitiva, pur in un quadro costituzionale e legislativo caratterizzato dai principi di sussidiarietà verticale e di prossimità territoriale, in ragione dei quali la regolazione dell'assetto del territorio è rimessa quanto più possibile ai livelli di governo più vicini alle comunità di riferimento, deve ritenersi che la determinazione delle dotazioni infrastrutturali pubbliche o di interesse generale resti riservata al legislatore statale, in quanto ragionevolmente riconducibile all'ambito delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali; in tale prospettiva, al legislatore statale spetta non soltanto individuare i principi fondamentali della materia, sibbene fissare i livelli minimi delle predette prestazioni, rispetto ai quali le normative regionali potrebbero intervenire esclusivamente in senso "rafforzativo"*».

È questo, in definitiva, il quadro storico e normativo (aggiungo: assiologico) che si deve aver presente se si vuole comprendere la portata reale del parametro – cioè la «*legislazione regionale*» e «*gli strumenti urbanistici comunali*» – sulla cui «*base*» la lett. a) del comma 3 in esame stabilisce che l'Amministrazione comunale verifica l'«*adeguatezza*» delle «*dotazioni territoriali*» al fine di accertare «[l]*a conformità alla disciplina urbanistica*» del singolo intervento realizzato, assentito o da assentire (conformità tuttavia – lo ripeto – che è solo letterale, essendo invece sufficiente una mera e larga compatibilità).

Ne discende, ancora, un dubbio che investe la conformità a Costituzione del modello disegnato dai commi 2 e 3 della p.d.l.

In generale, ci si può domandare se quel modello rispetti i limiti che la

Consulta riferisce all'esercizio della potestà legislativa: cioè – fra i tanti – la ragionevolezza e la proporzionalità.

In particolare, poi, credo necessario ricordare qui la giurisprudenza della Corte sulla derogabilità degli standard: la sentenza n. 142/'24, per esempio, ha pochi mesi fa affermato che «*l'art. 2*-bis *t.u. edilizia consente alle leggi regionali di prevedere disposizioni derogatorie al d.m. n. 1444 del 1968, ma esclusivamente "nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali" e dunque "a condizione che le deroghe siano recepite da strumenti urbanistici attuativi (funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio) e non riguardino singoli edifici (sentenza n. 217 del 2020)"*». Secondo quella sentenza – si noti – è irrilevante la portata eccezionale (*i.e.* straordinaria, temporanea) oppure stabile (*i.e.* ordinaria, a regime) della normazione in deroga: «*tali ristretti margini di derogabilità degli indici imposti dagli standard valgono in termini equivalenti tanto per la normativa eccezionale quanto, e a maggior ragione, per la normativa stabile*.». In breve. La derogabilità degli standard deve comunque far salvo il principio di pianificazione, sebbene declinabile qui in modo "attenuato": anche mediante utilizzo, cioè, del solo livello attuativo.

Due sono quindi i profili di rischio. Il primo, indiretto: poiché i commi 2 e 3 della p.d.l. fondano sull'art. 2-*bis*, la disposizione – nuovamente portata all'attenzione della Consulta, questa volta in una controversia dove essa sarà ritenuta rilevante (a differenza di quella decisa da C. cost. n. 85/'23, cit.) – potrebbe non superare il vaglio di quel giudice. Ne discenderebbe l'incostituzionalità derivata dei commi 2 e 3 della p.d.l. in esame. Il secondo rischio è invece diretto: penso a una sentenza della Consulta che – scrutinando la normazione della p.d.l. mediante i canoni espressi dalla sentenza n. 142/'24 cit. – la ritenga manifestamente eversiva del principio – pur se "attenuato", come ho detto sopra – di pianificazione: perché mancano, cioè, gli strumenti di dettaglio.

6. *La lett. b) del comma 3. La deroga alle distanze e la pianificazione attuativa*

Non ho ancora esaminato la lett. b) del comma 3, in base al quale la "conformità" alla disciplina urbanistica richiede anche il «*rispetto, limitatamente agli interventi di nuova costruzione, della distanza minima tra fabbricati,*

derogabile tra fabbricati inseriti all'interno di piani attuativi e di ambiti con previsioni planivolumetriche oggetto di convenzionamento unitario».

Per valutare la costituzionalità della disposizione credo sia comodo riportare il passo che ho citato più sopra – tratto da C. cost. n. 41/'17, cit. – onde usarlo come parametro di scrutinio: «*la deroga alla disciplina delle distanze realizzata dagli strumenti urbanistici deve, in conclusione, ritenersi legittima sempre che faccia riferimento ad una pluralità di fabbricati ("gruppi di edifici") e sia fondata su previsioni planovolumetriche che evidenzino, cioè, una capacità progettuale tale da definire i rapporti spazio-dimensionali e architettonici delle varie costruzioni considerate come fossero un edificio unitario (art. 9, ultimo comma, del d.m. n. 1444 del 1968)*».

Analizzo, per cominciare, il contenuto della lett. b), scomponendolo nelle sue parti costitutive.

Anzitutto, la disposizione concerne solo gli interventi di nuova costruzione. Ne deriva – *a contrario* – che tutte le demoricostruzioni sfuggirebbero a qualunque regola che stabilisca limiti distanziali: affido al lettore il commento sulla ragionevolezza (che è il principale criterio di vaglio circa la costituzionalità di una legge) di questa disposizione implicita.

Veniamo agli interventi di nuova costruzione. La lett. b) in esame impone il rispetto di una «*distanza minima tra fabbricati*»: non precisa però quale essa sia, per cui si può ritenere che si tratti dei tre metri previsti dal codice civile. Sin qui siamo nell'ovvietà. Ma la sostanza della disposizione è altrove: quella distanza minima – non meglio specificata – è derogabile se riguarda:

– fabbricati inseriti all'interno di piani attuativi;
– fabbricati inseriti all'interno di ambiti con previsioni planivolumetriche oggetto di convenzionamento unitario.

Poiché in entrambi i casi gli interventi sono collegati a una pianificazione di dettaglio (tipica o atipica che sia: sono le ipotesi appena viste rispettivamente *sub* 1 e *sub* 2), mi pare che la disposizione sia coerente con la giurisprudenza costituzionale (v. sempre C. cost. n. 41/'17, cit.).

Occorre però una puntualizzazione sulla portata *temporale* della parola «*inseriti*».

Nulla quaestio se essa è riferita a strumenti intermedi *futuri*: nel contesto, cioè, di un piano attuativo che – proprio in quanto formato *ex novo* – sia idoneo a evidenziare «*una capacità progettuale tale da definire i rapporti spazio-dimensionali e architettonici delle varie costruzioni considerate come fossero un edificio unitario*» (uso ancora una volta l'insegnamento di C. cost. n. 41/'17).

Molto più problematica, invece, è l'ipotesi della deroga distanziale

chiesta per un intervento ricadente all'interno di un piano attuativo *già esistente*. Se non proprio preclusa per definizione, l'assentibilità del manufatto è soggetta a uno strettissimo e severo scrutinio, da motivare con particolare dovizia di indicazioni tecniche circa la sostenibilità di una trasformazione edilizia che comunque va ad alterare gli "equilibrî" interni ai «*rapporti spazio-dimensionali e architettonici*» (sempre C. cost. n. 41/'17) già puntualmente definiti da quel preesistente piano attuativo con riferimento a un assetto distanziale differente.

7. *Il comma 4. Nuovi perimetri (e nuovi rischi d'incostituzionalità) della regolazione in materia di ristrutturazione edilizia*

Siamo così arrivati al comma 4, che affronta un altro tradizionale *punctum crucis*: il concetto di ristrutturazione edilizia.

Il testo:

«4. *Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 10 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera d), del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, gli interventi di totale o parziale demolizione e ricostruzione realizzati o assentiti a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, fino alla data di entrata in vigore della disciplina di riordino del settore di cui al comma 1 del presente articolo, che portino alla realizzazione, all'interno del medesimo lotto di intervento, di organismi edilizi che presentino sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche, funzionali e tipologiche anche integralmente differenti da quelli originari, purché rispettino le procedure abilitative e il vincolo volumetrico previsti dalla legislazione regionale o dagli strumenti urbanistici comunali e ferma restando la verifica di adeguatezza delle dotazioni territoriali e dei parametri urbanistici nei casi previsti dalla legislazione regionale e degli strumenti urbanistici comunali. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, lettera d), sesto periodo, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.*».

Poiché la disposizione precisa di essere applicabile «*fino alla data di entrata in vigore della disciplina di riordino del settore di cui al comma 1 del presente*

articolo», si può subito osservare – per le considerazioni già fatte sopra – che essa è in realtà una regolazione per nulla provvisoria, ma invece *usque ad infinitum*, cioè sostanzialmente stabile o comunque di lunghissima durata.

Vediamone l'orografia.

Anzitutto – rivolgendosi *anche* al passato – la disposizione è *anche* una vera e propria sanatoria, della cui dubbia compatibilità con la giurisprudenza costituzionale ho già detto.

In secondo luogo, non è chiaro il concetto di «*medesimo lotto di intervento*»: è – secondo una lettura che mi convince – quello preso planivolumetricamente in considerazione per il rilascio dei titoli abilitativi alla costruzione dei manufatti preesistenti e demoliti? Oppure, all'opposto, si intende l'area interessata dai nuovi interventi demoricostruttivi, la quale potrebbe essere più estesa e quindi tale da "somministrare" la cubatura maggiore, necessaria per legittimare *ex post* operazioni edilizie siffatte? Temo che il sintagma – letto nel sistema della disposizione – debba essere interpretato nel secondo senso. Mi induce a questa conclusione l'inciso – peraltro non molto chiaro, anche a causa del suo vocabolario tecnicamente poco nitido – «*purché rispettino* […] *il vincolo volumetrico previst*[o] *dalla legislazione regionale o dagli strumenti urbanistici comunali*». Poiché la disposizione – come detto – avrebbe durata indefinita, il modello demoricostruttivo ivi disegnato, nel suo riferimento al «*vincolo volumetrico*», servirebbe a "orientare" le future leggi regionali, e i prossimi piani comunali, affinché siano in qualche modo serventi all'operazione.

Terzo punto. Qualificando come ristrutturazione anche la realizzazione di «*organismi edilizi che presentino sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche, funzionali e tipologiche anche integralmente differenti da quelli originari*», la disposizione intende risolvere l'ormai esploso contrasto giurisprudenziale – il quale taglia trasversalmente anche le due giurisdizioni, come dirò subito – sul regime delle demoricostruzioni che mutino la destinazione d'uso precedente (le «*caratteristiche funzionali*») e che siano comunque totalmente "infedeli" perché prescindono dal principio di continuità del nuovo rispetto al preesistente («*anche integralmente differenti*»). Con una palese operazione di *Wertjurisprudenz*, infatti, la Cassazione penale ha creativamente introdotto (violando il fondamentale principio del *nullum crimen*, dunque giudicando *contra legem*) quei due ulteriori requisiti intendendoli come costitutivi della *figura* demoricostruttiva (cfr. Cass. pen. n. 1669/'23 e n. 18044/'24); il giudi-

ce amministrativo territoriale s'è diviso: dalla parte della Cassazione c'è Tar Milano n. 2353/'24; *contra*, invece, si è schierato Tar Lecce n. 373/'24, il cui orientamento sarebbe dunque legificato dalla p.d.l.

L'ultimo punto è stato già trattato sopra. La proposizione «*ferma restando la verifica di adeguatezza delle dotazioni territoriali e dei parametri urbanistici nei casi previsti dalla legislazione regionale e degli strumenti urbanistici comunali*» crea spazi di discrezionalità non solo incontrollabili, ma anche capaci di ritorcersi sulla stessa possibilità di utilizzare in concreto la disposizione, in quanto probabile oggetto di burocrazia difensiva disapplicativa.

8. *Il comma 5. Il provvedimento demolitivo o ripristinatorio*

Intorno al comma 5 («*Sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 gli interventi per i quali sia stata disposta la demolizione o riduzione in pristino con provvedimento definitivo.*»), segnalo la scarsa chiarezza del concetto di definitività. Probabilmente il proponente ha inteso riferirsi al diverso concetto di inoppugnabilità.

9. *Il comma 6. Ancora sulla ristrutturazione*

Non mi è molto chiara, poi, la *ratio* del comma 6: «*Resta ferma in ogni caso l'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 3, comma 1, lettera d), 22 e 23 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, per quanto concerne gli interventi di ristrutturazione edilizia rivolti a trasformare un singolo organismo edilizio mediante un insieme sistematico di opere che possono portare a un singolo organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente.*». È probabile che la p.d.l. abbia avvertito la necessità – inesistente, in realtà – di "avvisare" gli organi dell'applicazione circa la vigenza perdurante della disciplina per così dire "di base" in tema di ristrutturazione edilizia, come racchiusa nell'art. 3, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 380/'01: il comma 4, infatti, non fa che allargare il concetto di ristrutturazione edilizia.

10. *Il comma 7 e il comma 9. Una disposizione ovvia e una clausola di stile*

Possiamo tralasciare sia il comma 7 («*L'applicazione delle disposizioni di cui al presente articolo non può comportare limitazione dei diritti dei terzi.*»), sia il comma 9 («*Dall'attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.*»): la prima contiene una disposizione ovvia, la seconda di mero stile.

11. *Il comma 8 e gli intricati rapporti della p.d.l. col codice Urbani*

Qualche parola merita, invece, il comma 8 («*Resta ferma la disciplina del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.*»). Non per la sua portata, che è evidente, ma per cercare di capire il perché della sua presenza.

Il precedente comma 4, in chiusura, dice: «*Resta fermo quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, lettera d), sesto periodo, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.*». Sesto periodo che, a sua volta, stabilisce: «*Rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a tutela ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ad eccezione degli edifici situati in aree tutelate ai sensi degli articoli 136, comma 1, lettere c) e d), e 142)) del medesimo codice, nonché, fatte salve le previsioni legislative e degli strumenti urbanistici, a quelli ubicati nelle zone omogenee A di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, o in zone a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali, nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove siano mantenuti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente e non siano previsti incrementi di volumetria*». In sintesi, il comma 4 della p.d.l. conferma la vigenza dei limiti alla ristrutturazione nelle aree vincolate, come regolati dall'art. 3, comma 1, lett. d). Ma quest'ultima disposizione, a sua volta, è nuovamente tenuta ferma – come ho detto sopra – dal comma 6 della p.d.l. S'arriva poi al comma 8 che tiene ferma tutta la disciplina del d.lgs. n. 42/'04: preoccupazione abbastanza inutile, visto che quella normazione è autoprotetta *ex* art. 183, comma 6 («*Le leggi della Repubblica non*

possono introdurre deroghe ai principi del presente decreto legislativo se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni.»).

Un groviglio di cui non comprendo la ragion d'essere.

12. *Marcel Déat e la pianificazione standardizzata: per una via d'uscita giusta, effettiva e costituzionale*

Chiara invece è quella che anima l'intera p.d.l., prescindendo dalle smentite d'ufficio: legittimare il caso Milano.

Ma è questo il percorso *giusto*? Uso l'aggettivo in due sensi.

Il primo. Qui non si deve assolutamente ragionare come un novello Marcel Déat: al contrario, la nostra Danzica – cioè la pianificazione standardizzata – *servanda est*. Far *morire* quella conquista – tanto faticosa, quanto fondamentale – della nostra civiltà urbanistica per salvare una situazione – tanto contingente, quanto evitabile – mi sembra eccessivo. Ingiusto, appunto.

Secondo senso dell'aggettivo «giusto»: il percorso di legittimazione disegnato dalla p.d.l. raggiunge l'obiettivo che si prefigge?

Temo di no, per tutte le criticità che ho sin qui evidenziato: il modello generale della p.d.l. rischia di restare inapplicato a causa della burocrazia difensiva; o – se attuato – di esser travolto dalla Consulta, adìta da qualche giudice su prevedibilissima richiesta di qualche operoso p.m.

La via d'uscita non sembra quindi essere, almeno a mio avviso, quella che si traccia nella p.d.l., almeno nella sua stesura attuale.

Ipotizzo qui un'alternativa: se legge-provvedimento ha da essere, che sia cucita addosso a Milano. Evitiamo (è un'esortazione) l'attuale finzione di aver dettato nella p.d.l. una disciplina *generale*, col deprecabile risultato di mettere a repentaglio *in tutta Italia* il nostro sistema pianificatorio, già logoro e slabbrato di suo. Proviamo (altra esortazione), invece, a censire in modo più ravvicinato le casistiche milanesi: distinguendo – faccio solo un esempio – la fattispecie del condominio costruito nel cortile al posto del capannone abbandonato in plateale violazione delle distanze, da una parte; il palazzo di molti piani, dall'altra.

Lì mi parrebbe esserci una densificazione così "affollata" che sfugge – almeno di regola – a recuperi di sorta.

Qui, una pretermissione degli standard e della pianificazione attuativa

che potrebbe *forse* essere giuridicizzata mediante un approccio tecnicamente molto dettagliato: predisponendo cioè, come allegato alla p.d.l., una tabella delle dotazioni territoriali minime tale da azzerare o almeno ridurre in modo molto importante il potere discrezionale degli uffici tecnici, così da "rasserenarli" nell'adozione dei consequenziali atti di *permitting* abilitativo.

Un cammino di crinale, lo so bene: però meno esposto a rischi rovinosi di ineffettività – per inapplicazione da burocrazia difensiva, o per annullamento costituzionale che sia – rispetto a quello dell'attuale p.d.l.

Un punto resti ben fermo: questo modello non deve valere per il futuro. Molto peggio, se *sine die*.

Recensioni

Anna Simonati
Diversity as Strategic Opportunity.
Exploring New Paths to Good Administration
Charlotte (U.S.A.), Information Age Publishing, 2024

di Loredana Giani, Aristide Police

Il volume curato da Anna Simonati affronta un tema centrale nel contesto della riflessione giuridica sulle pubbliche amministrazioni, andando ad indagare, nella dimensione dell'amministrazione di servizio, cioè dell'apparato pubblico a servizio dei cittadini, le opportunità strategiche che sono offerte alle Amministrazioni pubbliche dalla tutela e dal potenziamento della Diversità o, rimanendo fedeli al nostro patrimonio valoriale, le opportunità per lo sviluppo di un sistema di garanzia dei diritti della "persona".

Si tratta di un volume che giunge in un momento storico in cui si sente (purtroppo) imperante il bisogno di una attenta riflessione sul tema. Per tutte basti pensare alla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti di vietare l'*affirmative action* nelle ammissioni universitarie che ha colpito al cuore il "sogno americano". Questa decisione (e quelle simili che in altre giurisdizioni nazionali sono frequenti in tutto il mondo) è molto importante per sottolineare come il tema del libro e gli obiettivi della sua curatrice e dei suoi autori non debbano e non possano essere dati per scontati nel nostro tempo.

È vero, come spiega Anna Simonati nella Prefazione di questo libro, che il principio di uguaglianza è sempre stato considerato uno dei valori fondamentali delle società moderne ed è dichiarato tra le regole di base di un sistema giuridico in tutto il mondo. Ma come dimostra la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, questo valore e questo principio sono molto fragili e il suo rafforzamento, il suo consolidamento e la sua conseguente applicazione attraverso i sistemi giuridici nazionali sono a rischio ogni giorno e in ogni parte del mondo, anche nei Paesi in cui si ritiene comunemente che la democrazia, lo sviluppo economico e il benessere sociale siano allo stadio più sviluppato. E ciò in quanto non solo non si può in alcun modo ritenere che vi sia una correlazione direttamente proporzionale tra eguaglianza e benessere economico, ma non si

può sottacere quella molteplicità di fattori che in maniera interferenziale possono incidere negativamente sul risultato ultimo dell'eguaglianza tra persone nei diritti.

Il libro è davvero prezioso perché, nel suo approccio comparativo, prende in considerazione le disposizioni legali di molte giurisdizioni nazionali e l'esperienza di molte amministrazioni pubbliche in tutto il mondo. I valori della diversità e dell'inclusione vengono così considerati non solo come principi generali del diritto, ma anche nella loro azione rispetto al dovere delle Amministrazioni di fornire parità di trattamento a tutti i soggetti con cui entrano in contatto.

L'obiettivo del volume, come spiega Anna Simonati, non è quello di offrire risposte definitive e certe, né uno studio sistemico della materia, ma di affrontare le varie possibili cause di discriminazione (sesso e genere, razza, età, religione, stato di salute, condizione economica e sociale) e di esaminare soprattutto i possibili rimedi contro di essa con un'analisi orientata ai casi.

Come chiarisce la curatrice, la ricerca si basa "sull'idea che, in un'epoca di rapida e repentina trasformazione dell'azione amministrativa, gestire nuovi fenomeni analizzando campi di intervento ristretti possa essere una mossa saggia e strategica. Questo metodo, infatti, permette di comprendere a fondo i pro e i contro delle diverse politiche, sotto un ampio ombrello multidisciplinare. Il volume rappresenta, quindi, uno sforzo per fornire una panoramica di alcuni dei possibili metodi e strumenti che vengono oggi sperimentati dalle amministrazioni, al fine di affrontare adeguatamente i problemi pratici legati alla diversità".

Questo lavoro collettivo di un gruppo eterogeneo di studiosi e professionisti, provenienti da diversi Paesi, è quindi estremamente prezioso per sottolineare come le politiche pubbliche e gli strumenti del diritto amministrativo possano essere fondamentali - in molti modi diversi - per la lotta senza fine verso l'uguaglianza e la giustizia sostanziale.

Gli Autori e le Autrici:

Alessandro Berrettini
Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Macerata

Francesco de Leonardis
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi Roma Tre

Mariaconcetta D'Arienzo
Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Napoli Parthenope

Paolo Duret
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Verona

Marco Francesco Errico
Dottorando di ricerca in diritto amministrativo nell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Loredana Giani
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università Europea di Roma

Pasquale La Selva
Dottorando di ricerca in diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Perugia

Roberta Pecoraro
Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo nell'Università LUMSA di Palermo

Artistide Police
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università Luiss Guido Carli

Pier Luigi Portaluri
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università del Salento

Guido Rivosecchi
Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Padova

Giulia Torta
Ricercatrice di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo

Giuseppe Verde
Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo