

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXIII – Nuova serie
N.1/2025 (gennaio-aprile)

INDICE

SAGGI

MARIO R. SPASIANO

La concessione e il pendolo di Foucault: dalla genesi alle soglie del diritto europeo 5

MARGHERITA INTERLANDI, LORENZA TOMASSI

*La gestione del patrimonio immobiliare per finalità sociali da parte degli
enti del terzo settore* 31

FORTUNATO GAMBARDELLA

*Il principio del risultato come criterio prioritario per l'esercizio del potere
discrezionale nella procedura di dialogo competitivo* 73

SEBASTIANO LICCIARDELLO

L'attivazione del potere sostitutivo: dal cittadino alle istituzioni 91

LAURA LAMBERTI

Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita 109

MICAELA LOTTINI

*SOLVIT e la procedura ex art. 8 del Regolamento (UE) n. 2019/515
sul reciproco riconoscimento delle merci* 129

CARMENCITA GUACCI

L'indeterminatezza delle operazioni sospette di riciclaggio 147

GIOVANNI GUZZARDO, ARMANDO LORUSSO

*Programmazione strategica interistituzionale e metodo consensuale per lo
sviluppo del territorio* 195

MARIA EUGENIA PÁEZ

*Análisis comparativo de las autoridades administrativas independientes en Italia
y Argentina. El caso de la autoridad garante de la protección de datos personales* 239

GIOVANNA SANTAGATI

*The President in Sub-Saharan Africa: constitutional guardian or hyper-presi-
dential drift?* 275

FEDERICA CAMPOLO

*L'insostenibile rigidità del termine di dodici mesi dettato dall'art. 21 nonies
della l. n. 241/1990 per l'emanazione dei provvedimenti di annullamento
d'ufficio* 317

RECENSIONI

ANNA SIMONATI

*Recensione del volume "Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero
femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni", di Alessandra
Pioggia, Bologna 2024* 349

Saggi

La concessione e il pendolo di Foucault: dalla genesi alle soglie del diritto europeo*

di Mario R. Spasiano

SOMMARIO: 1. Una breve premessa sistematica: il “pendolo di Foucault” – 2. Le origini dell’istituto 3. La concessione ai tempi dell’Unità d’Italia – 4. La concessione amministrativa nel Secondo Dopoguerra – 5. ... e il pendolo continua a oscillare.

1. Una breve premessa sistematica: “il pendolo di Foucault”

La “concessione amministrativa” individua un *genus* particolarmente articolato, una vasta categoria di atti con caratteristiche ed effetti differenziati¹, connotati, nel tempo, da un unico elemento comune: il conferimento ad un privato, da parte di un soggetto pubblico munito di un’apposita potestà, di talune facoltà, patrimoniali (utilizzo di beni, esercizio di attività) o anche non patrimoniali (cittadinanza, cambio del nome o del cognome, onorificenze, ecc.)², utilità rispetto alle quali il beneficiario non vantava in precedenza alcun diritto³.

Vi è poco altro in comune tra le differenti tipologie di concessione

* Contributo non sottoposto a referaggio.

¹ Su tale profilo, F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988, 28, rileva che “quando si parla di provvedimenti amministrativi e, in particolare, di concessione, non si fa riferimento a un tipo procedimentale, bensì a una intera categoria di fattispecie, differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente solo per il fatto che l’Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce e trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi status, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti”.

² Sul tema, D. SORACE, C. MARZUOLI, voce “*Concessioni amministrative*”, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989, 280.

³ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano 1958, 261, precisa che la concessione si basa sulla presenza di un potere pubblicistico, il cui esercizio produce un effetto accrescitivo in capo al destinatario dell’atto. Lo studioso ivi precisava che i diritti derivanti dalla concessione dovessero essere propri dello Stato, o in genere della pubblica amministrazione concedente: la concessione consisterebbe, in altre parole, in un trasferimento di facoltà dall’ente pubblico al privato.

amministrativa succedutesi nella storia, per le ragioni che saranno di seguito illustrate.

Quel conferimento poteva aver luogo a seguito della formulazione di un'apposita istanza finalizzata del soggetto interessato, oppure anche in mancanza della stessa. Anzi, a ben riflettere, l'iniziativa d'ufficio da parte dell'autorità pubblica concedente poteva costituire proprio l'espressione paradigmatica della ampiezza del potere esercitato, per lo più arbitrario, senza condizioni e tantomeno procedimentalizzazioni, finalizzato a costituire privilegi di non poco conto sulla scorta delle più differenti ragioni, per lo più di ragione politica.

Condizione per il rilascio di un atto concessorio era dunque la sussistenza di una potestà pubblica. L'interesse del privato beneficiato, in quello schema, rivestiva un ruolo del tutto secondario: semmai, di esso si sarebbe tenuto conto, come avverte Franco G. Scoca, "*solo se e nella misura in cui coincida (o non collida) con interessi pubblici*"⁴. Fu Enzo Silvestri⁵, nel 1961, a semplificare lo schema chiarendo che in fondo l'istituto concessorio era espressione di una potestà pubblica attraverso il cui esercizio si intendevano perseguire fini pubblici.

Viene tuttavia da chiedersi: è stato sempre così? Sono sempre stati soltanto interessi pubblici a muovere gli scopi del rilascio di concessioni?

Le ragioni che si collocano alla base del rilascio di concessioni – come si accennava – sono state molteplici e variegate nel tempo. Talvolta esse, contrariamente a quanto appena rilevato, hanno costituito espressione di volontà di tutela di interessi di parte, o persino di volontà di perseguimento di esigenze personalistiche, magari solo ammantate da ragioni di pubblico interesse.

In altre circostanze, poi, il rilascio di concessioni ha costituito occasione di dimostrazione del potere di un sovrano, potere ampio, persino

⁴ F.G. SCOCA, *Il provvedimento*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2025, 278. Dello stesso A., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, cit., 25 ss. In termini, cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 468, il quale osserva che nella concessione, "il valore degli usi particolari dei beni pubblici non può essere mai ridotto all'interesse puramente privatistico e patrimoniale che riveste il beneficiario della concessione, ma deve essere misurato per le sue implicazioni di interesse generale".

⁵ E. SILVESTRI, voce "*Concessione amministrativa*", in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 370. Inoltre, E. SILVESTRI, F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova 1965; F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967.

illimitato; in altre ancora, mediante il rilascio di concessioni si è invece realizzata un'operazione di redistribuzione della ricchezza fra gli strati della società al fine di consolidare modificare determinati assetti: interventi, dunque, di riassetto di equilibri economici di più o meno ampia portata. Insomma, pare si possa sostanzialmente affermare che attraverso le leve del sistema concessorio si è dato luogo, nel tempo, a vicende differenziate quanto agli effetti prodotti, nelle quali il perseguimento di interessi pubblici, tanto più nella loro attuale accezione, assumeva un peso non sempre primario, talvolta persino insussistente.

L'assenza di specifiche e rigorose discipline al riguardo, cessata solo in tempi relativamente recenti, rendeva la concessione uno strumento fluido, adattabile, utile a perseguire finalità varie.

A questo punto, si potrebbe pensare che queste prime riflessioni siano allora riferibili ad un passato lontano, espressioni di una realtà ormai archiviata, travolta dalle moderne ventate dei rigorosi e positivizzati principi delle democrazie contemporanee. Ma, ad un'attenta analisi, non è così. Basti considerare che anche nel corso del Novecento, proprio nel nostro sistema ordinamentale italiano, si è continuato a rilasciare "concessioni perpetue *ad personam*", prive di qualsiasi limite di efficacia temporale, a tutto vantaggio di privati destinati a trarre benefici anche di notevole consistenza economica derivanti dall'assegnazione di esclusivi sfruttamenti di risorse e beni pubblici, in cambio, magari, del versamento di modeste (invero persino ridicole) somme di denaro definite, non senza un grado di malcelata ipocrisia, "oneri di concessione". E vi è anche di più perché quand'anche limiti di efficacia fossero originariamente previsti nei provvedimenti concessori (dai novantanove anni in giù), alla scadenza venivano comunque applicate proroghe legislative, di volta in volta diversamente motivate.

Invero, come scriveva Octavio Paz (poeta messicano e premio Nobel per la letteratura nel 1990), "*La memoria è un presente che non finisce mai di passare*".

E, in effetti, in tema di concessioni amministrative, un certo retaggio del passato non è mai del tutto passato, neanche ai giorni nostri ove l'ordinamento europeo, in nome dei principi di concorrenza e di *par condicio*, pone regole volte a scardinare antichi (e meno antichi) privilegi, che tuttavia continuano a resistere alla blanda (e contraddittoria) azione di governi di diverso orientamento, supportati da interventi giurisprudenziali del

tutto asistematici, dandosi vita ad azioni scialbe e contraddittorie, prive di credibilità, invero rispondenti a logiche determinate dalla forte spinta elettorale che i poteri concentrati nelle mani dei concessionari sono in grado di esprimere in settori rilevanti della economia nazionale.

Sotto diverso profilo, la varietà e l'ampiezza morfologica dell'istituto concessorio ha fatto sì che esso nel tempo sia stato sottoposto a differenti inquadramenti, incidenti persino sulla natura giuridica delle discipline a fondamento: si è così fatto ricorso alla disciplina privatistica come a quella pubblicistica, ai contratti o ai negozi come ai provvedimenti amministrativi, passando attraverso ibride forme miste, ritenute in grado di favorire compromessi tra interessi pubblici e privati contrapposti. Si è peraltro provveduto al rilascio di concessioni mediante l'uso di poteri incontrollati, arbitrari, così come si è fatto ricorso, in altri momenti della nostra storia, a più disciplinate forme di regolazione, tanto più laddove il sistema concessorio, nel suo complesso, è andato assurgendo al rango di importante ganglio del complessivo sistema economico del Paese⁶.

Insomma, la concessione amministrativa è stata come il *pendolo di Foucault*: essa ha tracciato e continua a tracciare nella storia tante traiettorie, diverse l'una dall'altra, pur restando connessa, come quel pendolo, ad un unico elemento costante: se il soffitto del Pantheon di Parigi nel 1851 ha retto infatti la sfera di ottone che, oscillando liberamente, tracciava linee sempre differenti sul terreno così dimostrando il movimento rotatorio della Terra, la concessione, pure espressione sempre della medesima potestà del potere pubblico, ha continuato a sua volta nel tempo a tracciare infinite linee diverse (mutando presupposti, finalità, modalità di esercizio, ecc.), a riprova che il rapporto tra il potere pubblico e i suoi destinatari può rispondere ad infinite ragioni e soprattutto esso è in costante movimento e muta infinitamente per adeguarsi alle cangianti esigenze.

Il potere concessorio, dunque, come si cercherà di dimostrare sulla

⁶ Sul tema, F. FRACCHIA, voce "*Concessioni amministrative*", in *Enc. Dir.*, I, Milano, 2007, 263, rileva che per tale ragione il diritto europeo e le "istanze della concorrenza premono per una riduzione dell'area di applicazione dell'istituto concessorio, tra l'altro alimentando una sorta di ritorno verso la concezione che limita le concessioni ai soli casi di attività riservata. Peraltro, la liberalizzazione di alcuni mercati (trasporti, telecomunicazioni, energia, poste e così via) si è realizzata anche attraverso la sostituzione, almeno parziale, del più gravoso modello concessorio con quello autorizzatorio: l'apertura del mercato, infatti, richiede l'eliminazione delle barriere, dei "privilegi", e delle posizioni gestite dai privati in nome dei soggetti pubblici".

base delle illustrate premesse, è uno degli osservatori privilegiati del perenne dinamismo del potere e delle sue forme di manifestazione; ed è altresì misura della qualità del rapporto tra potere pubblico e privato. Esso subisce l'evoluzione dei tempi, ma a sua volta incide sulla evoluzione degli ordinamenti e dei principi che lo regolano.

2. *Le origini dell'istituto*

La concessione amministrativa è, come rilevato, un istituto molto antico e multiforme, del quale, in questa sede, non possono che essere ripercorse soltanto in linea generale alcune delle principali tappe evolutive. Essa affonda le proprie radici già nel diritto romano⁷, contesto nel quale è già dato rinvenire atti di pubblici poteri finalizzati ad attribuire potestà, beni e/o diritti pubblici a privati.

Come noto, nel diritto romano trovavano riconoscimento due diritti reali fondamentali: la *proprietas* e l'*usus*. I beni pubblici costituivano una categoria separata dai beni privati: essi erano destinati alla collettività (strade, piazze, acque, terre agricole, ecc.) e la loro gestione rientrava nella competenza dello Stato.

In quel contesto storico, si è rilevato, si possono individuare talune forme di “concessione” con le quali veniva consentito a privati di utilizzare beni pubblici. Forme di concessione determinate da finalità di tutela di interessi pubblici coesistevano tuttavia con altri istituti simili, con i quali, invece, potevano essere attribuiti privilegi particolari, persino personali, concessioni di usi esclusivi, anche in assenza di ragioni di pubblico interesse.

⁷ Si pensi al riguardo, a titolo esemplificativo, alla *Locatio conductio*, un contratto che prevedeva l'affitto o la locazione di beni pubblici a favore di privati: il contratto di *locatio conductio operarum* riguardava il noleggio di terreni pubblici per scopi agricoli o di altre risorse, come l'acqua. Ma si può anche fare richiamo alle ipotesi diverse e proprie *Concessioni di uso esclusivo*: in talune circostanze, l'imperatore o l'autorità competente concedeva l'uso esclusivo di determinati beni pubblici (come le acque o le miniere) per fini specifici, come la pesca o l'estrazione mineraria. Questo tipo di concessione non trasferiva la proprietà, ma consentiva l'uso esclusivo del bene pubblico da parte di privati. Si può ancora fare riferimento alla *Concessione per privilegio*: nel tardo impero, si sviluppò infatti un sistema di concessioni che aveva a che fare con privilegi esclusivi dati a singoli individui o gruppi. Ad esempio, l'imperatore poteva concedere privilegi particolari per attività economiche, come il diritto esclusivo di estrarre una risorsa naturale o di esercitare una determinata attività commerciale.

In mancanza di un sistema centralizzato di gestione dei beni pubblici, laddove un'autorità pubblica munita delle opportune potestà riscontrasse una possibile utilità collettiva o ritenesse comunque di riconoscere ad un privato, un privilegio gravante su un bene o un'utilità pubblica, quella autorità poteva arbitrariamente disporre al riguardo. In quel contesto, di solito essa era costituita dall'imperatore direttamente o, nei territori delle province, da suoi funzionari che, il più delle volte, per ragioni di assetto di equilibri militari o anche amministrativi, avevano facoltà di concedere a singoli o a gruppi, l'uso di beni quali terreni pubblici, acque, miniere, o esercizi di attività come la pesca, la caccia, ecc.

Nel corso del Medioevo, quel potere di concedere diritti, beni ed attività costituì prerogativa del monarca, che non di rado agiva al riguardo in qualità di dispensatore di "grazie", attribuendo liberamente privilegi a determinate persone o gruppi. Ciò poteva accadere per effetto di "concessioni", ossia atti privati aventi consistenza di contratto e denominati "venali".

Con l'affermazione del feudalesimo e del vassallaggio, "i beni demaniali" divennero strumento tipico di investitura. Il re, il principe o il signore del luogo si riservavano il diritto esclusivo di concedere lo sfruttamento di beni demaniali. Quelle concessioni, generalmente attribuite a privati sotto forma di "regalie"⁸, avevano lo scopo precipuo di dare una precisa forma organizzativa alla società: erano accordate per accrescere la sottomissione dei vassalli ai sovrani e dei non-vassalli agli stessi vassalli, secondo una strategia di attribuzione di veri e propri privilegi personali aventi ad oggetto, anche in questo caso, l'utilizzo di risorse come acque, miniere, boschi, pascoli, e diritti di caccia e pesca.

La concessione di privilegi e diritti esclusivi serviva dunque a rafforzare gli assetti sociali mediante la definizione di una precisa gerarchia basata sulla accentuazione della differenziazione giuridica ed economica tra classi di appartenenza.

Nel tardo Medioevo si diede luogo ad una graduale trasformazione del sistema concessorio. Esso cominciò a rappresentare meno un "atto di grazia", a connotazione prevalentemente di tipo socio-strutturale, per divenire maggiormente strumento di regolamentazione amministrativa del monarca, un mezzo adoperato per gestire l'economia, la giustizia e le risorse naturali del regno.

⁸ Si v. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, III, Milano, 1920, 557 e ss.

L'Antico Regime, protrattosi tra il XIV e il XVIII secolo, segnò -come noto- l'affermarsi delle monarchie assolute e la successiva nascita degli Stati centralizzati⁹.

In quel contesto storico, anche le concessioni tesero ad evolvere in modo multiforme, per lo più verso modelli maggiormente strutturati, legati alle differenti sovranità statali e alle relative amministrazioni centralizzate. La concessione, in quel periodo, divenne prevalentemente strumento di controllo delle risorse e dell'economia, mezzo atto a garantire stabilità politica, ancorché si potessero verificare anche casi sia di concessioni "esclusive", con finalità di costituzione di privilegi personali, sia di concessioni di regimi di uso *extra ordinem* di beni pubblici che, in deroga alle norme generali, erano destinate di volta in volta a soddisfare le più diverse esigenze di governo.

3. *La concessione ai tempi dell'Unità d'Italia*

L'Unità d'Italia, nel suo primo ventennio, non presentava uno specifico e unitario modello di concessione; venivano per lo più qualificate di tipo concessorio, forme diversificate di attribuzione dell'uso di beni pubblici demaniali e patrimoniali o anche di affidamento della realizzazione o dell'esercizio di opere pubbliche e servizi a imprese.

Quella vera e propria azione politica aveva lo scopo di favorire il supporto di finanziamenti privati allo sviluppo del sistema delle infrastrutture pubbliche e dei servizi di pubblica utilità (dalle convenzioni ferroviarie alle

⁹ Soltanto con la nascita degli Stati moderni, le concessioni diventano uno strumento di governo centralizzato. Lo Stato non è più un insieme di entità feudali separate, ma una struttura organizzata che gestisce e regola le risorse pubbliche. Le concessioni cominciano a essere usate in modo più sistematico, con leggi e regolamenti che stabiliscono le modalità per la loro assegnazione e controllo. Con l'espansione delle infrastrutture e il progresso, come la costruzione di ferrovie, porti e strade, lo Stato inizia a concedere alle imprese private il diritto di costruire e gestire queste strutture in cambio di un compenso o di diritti esclusivi. Tali concessioni, spesso di lunga durata, sono parte di una strategia per promuovere lo sviluppo economico senza sovraccaricare il bilancio statale. Durante l'epoca delle grandi scoperte geografiche e nel contesto delle colonie europee, le concessioni furono anche utilizzate per gestire le terre e le risorse nelle nuove colonie. Le compagnie coloniali, ad esempio, ricevevano concessioni da parte delle metropoli europee per amministrare vasti territori, gestire risorse naturali e condurre attività commerciali in aree lontane.

concessioni onerose di acque pubbliche, dallo sfruttamento di miniere alla coltivazione di piantagioni di tabacco, dalle reti di pubblica illuminazione alla costruzione e gestione di tranvie).

In quel periodo, le concessioni amministrative si configuravano quali veri e propri contratti civilistici: sulla falsariga degli atti di compravendita o locazione, nei casi di concessioni di beni pubblici; di contratti misti, invece, nel caso in cui la concessione avesse ad oggetto la costruzione di opere o la gestione di servizi. Insomma, i rapporti concessori si iscrivevano a pieno titolo nella disciplina contrattuale.

Va notato, tuttavia, che sebbene sottoposti alla disciplina propria dei principi civilistici sull'obbligazione e sul contratto, taluni di quei rapporti si connotavano per la presenza di tratti tipicamente pubblicistici, con particolare riguardo alle ipotesi di esercizio della revoca¹⁰.

Ad ogni buon conto, la presenza di profili pubblicistici non minava la configurazione sostanzialmente contrattuale dei rapporti, che risultava ampiamente prevalente, tanto più che gli eventuali atti amministrativi adottati incidenti su quei contesti non sarebbero stati comunque in grado di ledere, degradandoli, i diritti derivanti dal contratto.

Le ragioni di questa situazione erano facilmente individuabili: il nuovo Stato unitario aveva bisogno assoluto dei privati, interlocutori privilegiati in grado di assicurare il supporto finanziario alla crescita del Paese, in una situazione di carenza di risorse pubbliche. In cambio del loro supporto, quei privati pretendevano garanzie di certezza, stabilità ed equilibrio dei relativi rapporti economici che si riteneva potessero essere garantiti solo dall'uso degli strumenti contrattuali, determinando equilibrio fra le contrapposte ragioni del potere pubblico, da un lato, e dei privati, dall'altro.

Invero, è stato sottolineato in dottrina come quella scelta di compromesso determinasse, in realtà, il rafforzamento ulteriore dei privilegi già ampiamente concessi alle fasce imprenditoriali¹¹, con pieno soddisfacimento delle pretese provenienti da chi aveva in mano le leve del capitale privato, a discapito delle altre ragioni pure in gioco.

Fu solo al finire del XIX secolo che l'esigenza di edificazione, in

¹⁰ Sulla revoca delle concessioni di acque pubbliche, si rinvia alle pagine di M. D'ALBERTI, voce "*Concessioni amministrative*", in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII, 1 ss.

¹¹ Sul tema, si rinvia ancora a M. D'ALBERTI, voce "*Concessioni amministrative*", cit., nonché, dello stesso A., *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, XIX.

chiave pubblicistica, di un compiuto «sistema di diritto amministrativo» cominciò a favorire gradualmente la trasformazione dell'istituto contrattualistico concessorio in chiave provvedimentale e autoritativa.

Le ragioni di questa svolta radicale erano molteplici. Tra esse, l'esigenza di cominciare a costruire uno Stato forte, maggiormente incisivo sui propri destini; la ricerca di maggiore unità e compattezza dell'ordinamento; la flessione, già in atto da un ventennio anche in Francia, del diritto privato quale strumento di politiche pubbliche; e soprattutto l'avvento di una compiuta "teoria degli atti amministrativi", munita di canoni e caratteri squisitamente pubblicistici e fondata sull'ampliamento della disponibilità di ambiti di discrezionalità amministrativa. Non ultimo, infine, l'ingresso, sulla scena ordinamentale, del nuovo giudice amministrativo¹².

Tutti questi concomitanti fattori concorsero nella direzione del passaggio alla qualificazione pubblicistica della concessione.

Ancorché si registrassero timori circa in perpetuarsi di troppo ampi, persino arbitrari, poteri che avevano connotato, nei tempi passati, il rilascio di atti concessori, il provvedimento unilaterale di concessione fu comunque disciplinato quale atto eminentemente discrezionale, anzi ad ampia discrezionalità, idoneo a trasferire in capo al privato facoltà compenetrare con l'interesse pubblico, definibili come diritti in senso lato, ma protette dalla tutela propria degli interessi legittimi. Da qui, il rapporto concessorio poteva anche essere oggetto di modificazione o di revoca mediante atti imperativi dell'amministrazione concedente, persino senza obbligo di indennizzo, fatti salvi i casi di provvedimenti incidenti sulle grandi concessioni di lavori pubblici, ma il concessionario avrebbe potuto impugnare quegli atti innanzi al giudice amministrativo.

Tendenze ermeneutiche propense alla pubblicizzazione cominciarono ben presto a rinvenire elaborazione da parte della dottrina, non senza varianti ed eccezioni, sino a innestarsi nella giurisprudenza.

¹² B. SORDI, *La conquista della specialità*, in L. MANNORI, B. SORDI (a cura di), *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 390, rileva che "attraverso l'emancipazione dal diritto civile veniva creata la possibilità per la formazione di quei principi speciali del diritto pubblico che tenessero conto dei peculiari compiti e interessi dell'amministrazione pubblica". "In Italia, già l'età giolittiana conosce (...) discipline legislative di notevole consistenza, a partire dalla legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici nel 1903, che apre una dialettica in gran parte nuova tra l'esercizio diretto e l'area, già notevolmente estesa, anche in precedenza, delle concessioni comunali".

Un decisivo momento di riflessione sul processo in atto va decisamente riconosciuto agli scritti giovanili di Oreste Ranelletti (1894).¹³

A lui, in particolare, si deve l'elaborazione della nozione originaria di concessione amministrativa, intesa quale figura giuridica ancorata alla presenza di un potere pubblicistico unilaterale, accrescitivo della sfera di utilità del privato mediante l'attribuzione di una nuova situazione giuridica soggettiva: in quella prospettiva, la concessione diveniva l'emblema del provvedimento amministrativo discrezionale, in quanto tale passibile dei poteri di autotutela decisoria ed esecutoria da parte della p.a.

Ranelletti analizzò numerose tipologie di concessioni regolate dalla normativa dell'epoca, al fine di verificare se, partendo dal diritto positivo, fosse possibile sostenere la natura bilaterale o unilaterale delle concessioni.

A seguito della sua analisi, l'Autore addivenne alla conclusione per la quale, sebbene nella normazione si potessero riscontrare diversi riferimenti alla struttura contrattuale delle concessioni, essi erano tutti contenuti in disposizioni di natura regolamentare; diversamente, le leggi presentavano una configurazione unilaterale delle concessioni. Per questa condizione, connessa all'applicazione del principio di gerarchia delle fonti, la tesi unilaterale dell'espressione del potere pubblicistico, secondo Ranelletti, andava preferita. D'altronde, egli rilevava l'unicità dell'atto di concessione, evidenziando come quest'ultimo fosse *“tutto e soltanto nell'atto amministrativo, che lo contiene, sicché ciò che nei contratti è perfezionamento e compimento della dichiarazione di volontà, nelle concessioni è atto unico di dichiarazione; la concessione non solo è perfetta, ma comincia a esistere quando si perfeziona l'atto che la contiene”*.

Negli atti di concessione i soggetti pubblici operavano sempre come autorità, in vista della tutela di interessi generali. Pertanto, considerato che l'attività dell'amministrazione ha per fine diretto l'interesse pubblico,

¹³ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur.it.*, 1894, IV, 7-83 (ora in *Scritti giuridici scelti*, in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, Napoli, 1992, III, *Gli atti amministrativi*, 37 ss.). A partire da Ranelletti, il provvedimento unilaterale di concessione fu considerato un atto eminentemente discrezionale nonché idoneo a trasferire in capo al privato facoltà compenetrante con l'interesse pubblico, definibili come diritti in senso lato, ma protette dalla tutela propria degli interessi legittimi. Infine, il rapporto concessorio poteva essere modificato o revocato mediante atti imperativi dell'amministrazione concedente, senza obbligo di indennizzo, esclusi i casi di provvedimenti incidenti sulle grandi concessioni di lavori pubblici. Orbene, le nuove tendenze verso la pubblicizzazione furono elaborate dalla dottrina e di lì, non senza varianti ed eccezioni, penetrarono nella giurisprudenza.

le concessioni andavano necessariamente ricondotte ad atti di impero: la natura imperativa degli atti in esame escludeva che alla loro formazione partecipasse il privato, privo di qualsiasi autorità¹⁴.

Al più, l'atto di concessione poteva essere il risultato dell'incontro dell'amministrazione, munita di potere unilaterale, con le dichiarazioni del privato: si sarebbe quindi potuto ammettere l'esistenza di un atto di natura pubblica e privata insieme o affermare l'esistenza di un atto di natura né pubblica né privata, ma ibrida.

In sintesi, qualsiasi concessione comportasse obblighi per il concessionario constava, secondo Ranelletti, di due negozi giuridici, sorgenti in due momenti diversi: all'atto concessorio, atto d'impero idoneo a creare diritti in capo al concessionario, accedeva la dichiarazione di volontà del privato, atto unilaterale di diritto privato mediante il quale egli acconsentiva agli oneri derivanti dalla concessione. Due negozi strettamente compenetrati fra loro, laddove la concessione era *"la causa obligationis del privato e l'atto di obbligazione del privato il mezzo con cui l'amministrazione può raggiungere talora lo scopo stesso della concessione"*.

Nella stessa epoca, anche Federico Cammeo (1896)¹⁵ abbracciava la tesi unilaterale, ma sulla scorta di un diverso ragionamento.

L'Autore respingeva la tesi contrattualista negando che le relazioni intessute dalla pubblica amministrazione per rispondere a bisogni della

¹⁴ Il collegamento tra la potestà di disposizione degli usi particolari del bene e l'interesse pubblico che forma lo scopo finale degli stessi è ben colto ed esplicitato da Feliciano Benvenuti che, in alcuni scritti degli anni Sessanta sul demanio idrico e marittimo, sottolineò la connotazione "strumentale" ormai assunta da beni la cui demanialità tendeva ad essere letta per lo più in termini di produttività, ossia capacità "di produrre un vantaggio economico al suo titolare e, attraverso questo vantaggio economico, un vantaggio per l'intera collettività". Con la conseguenza che, una volta assunta consapevolezza della funzione produttiva del bene demaniale, era giocoforza "ricorrere all'attribuzione del bene stesso ad un soggetto" che del bene facesse "la propria ragione di esistenza" e che, quindi, è portato ad aumentarne la produttività "perché con questo soltanto raggiunge(va) i propri scopi".

¹⁵ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, Bologna, 1896; come osserva M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., XIX: "le differenze fra le due costruzioni (nda, di Ranelletti e Cammeo) attengono sia al metodo sia al contenuto, in quanto alla metodologia di Ranelletti assai rigorosa, ma catturata dai "problemi astratti" fino a scontare un eccessivo distacco dalla realtà, si contrappone l'elaborazione di Cammeo, in cui il discorso tecnico è il risultato di un'analisi profonda non solo dei concetti e delle norme di diritto amministrativo e civile, ma anche delle consuetudini amministrative, delle singole clausole inserite nelle concessioni, delle condizioni di fatto economiche, sociali e politiche".

collettività potessero essere ricondotte al diritto civile. Il rapporto concessorio implicava la delegazione di facoltà sovrane e di diritti da parte del concedente, elementi attinenti alle funzioni istituzionali degli enti pubblici e quindi in quanto tali non passibili di costituire oggetto di contratto. Nella prospettiva della unilateralità dell'agire amministrativo e della indisponibilità della sfera di discrezionalità riconosciuta dalla legge va dunque individuato il parziale superamento della teoria di Ranelletti. In particolare, mentre quest'ultimo aveva sostenuto la tesi secondo la quale da un atto amministrativo discrezionale – di concessione o di autorizzazione – non potessero derivare, in linea generale, diritti perfetti in capo al privato, di contro Cammeo opponeva il nesso sussistente fra interesse pubblico e atto amministrativo d'impero, argomentazioni inerenti all'oggetto delle concessioni e alla discrezionalità che le connotano¹⁶. Per Cammeo, la concessione non poteva essere considerata un contratto: l'oggetto della stessa, infatti, era sempre un diritto, una facoltà, un onere spettante alla pubblica amministrazione, incommerciabile e, quindi, non deducibile in contratto; inoltre, visto che la discrezionalità era attribuita all'amministrazione dalla legge, solo quest'ultima avrebbe potuto negarla, ma di certo essa non sarebbe potuta venire meno in forza di un'obbligazione contrattuale.

La deriva pubblicistica della concessione amministrativa¹⁷ nonostante la complessità e raffinatezza dei ragionamenti che si collocavano alla sua base, venne tuttavia presto messa in discussione, ma ciò accadde in virtù di ragioni di ordine pratico, più che giuridico: essa, ancora una volta, veniva ritenuta mal conciliante con la necessità di favorire lo sviluppo delle attività imprenditoriali e l'accesso dei suoi capitali nei settori di pubblica utilità. A ciò si aggiungeva (ma il profilo appare invero piuttosto secondario) essa

¹⁶ Sempre secondo Cammeo le concessioni sarebbero sempre revocabili in ragione del fatto che «poiché si tratta di tutelare nell'interesse generale le cose pubbliche, poiché questa tutela è uno dei compiti sovrani dello Stato, l'esercizio di esso, l'investitura fatta ad un privato di un diritto di uso eccezionale, è una funzione di diritto pubblico, un atto unilaterale».

¹⁷ Si pensi al riguardo alla legislazione emanata in quegli anni: l'art. 24 della l. 7 aprile 1892 per le concessioni di reti telefoniche e telegrafiche; gli artt. 2 e 13 della l. 20 agosto 1884 in materia di concessioni di derivazione di acqua, ove il potere concessorio era funzionale a verificare la compatibilità concreta dello sfruttamento; le leggi per le concessioni di bonifiche (l. 25 giugno 1882, art. 4; l. 6 luglio 1886, art. 2; l. 6 agosto 1893, art. 1). La legge sulle municipalizzazioni del 1903 (l. 29 marzo 1903, n. 103, *Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*) subordinò poi la possibilità per i privati di gestire i servizi pubblici proprio al rilascio di una «concessione all'industria privata».

appariva inidonea a spiegare il ruolo concreto che nella prassi continuava a ricoprire il “momento” dell’incontro di volontà e della negoziazione tra amministrazione e privati in sede di definizione del rapporto concessorio.

Nell’ultimo decennio dell’Ottocento, sulla scorta delle considerazioni appena esposte, si collocò il tentativo di Ugo Forti¹⁸ (1900, poi 1937) di applicare ad alcuni rapporti concessori la categoria concettuale del “contratto di diritto pubblico”, già elaborata dalla dottrina tedesca, nella quale alla qualificazione contrattuale della concessione, sarebbe corrisposta un’amministrazione collocata su un piano non paritetico rispetto a quello del privato, e dunque non spogliata della propria qualificazione pubblicistica.

Il contratto di diritto pubblico avrebbe potuto assicurare, agli interessi dello Stato, la medesima tutela derivante dalla teoria dell’atto di impero *«perché troppo assurdo e strano sarebbe il credere che il contratto portasse necessariamente dietro di sé nel campo del diritto pubblico tutte quelle norme da cui è regolato nel diritto privato. In breve, conseguenze pratiche, mutazioni dell’ordinamento positivo, non sono venute né sarebbero potute venire da questa nuova teoria [...]»; in sostanza questa forma speciale di contratto ha più che altro uno scopo sistematico, e colma una lacuna che sarebbe stato un grave errore il lasciare in una ricostruzione scientifica di diritto pubblico»*.

Più specificamente, nel passaggio dall’atto amministrativo unilaterale al contratto di diritto pubblico, l’Autore si preoccupava di affermare che poco o nulla sarebbe cambiato sul piano della sostanza, confermando il presupposto ideologico-politico che stava alla base dell’unilateralismo italiano e tedesco, ossia il rafforzamento dello Stato unitario.

Forti sostituì l’espressione “concessione di lavori pubblici”, importata dalla Francia e fatta propria sia da Ranelletti che da Cammeo, con la locuzione “concessione di pubblico servizio”¹⁹, al fine di evitare confusione

¹⁸ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, IV, poi in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I.

¹⁹ B. SORDI, *La conquista*, cit., 390, rileva tuttavia al riguardo che “Nella concessione di pubblico servizio confluivano vecchi strumenti giuridici già utilizzati in materia di acque, di miniere, di appalti fiscali, ma emergevano anche esigenze, del tutto inedite, di disciplina di attività economiche a carattere prestazionale. Per questo, la concessione di pubblico servizio rappresentava uno snodo dogmatico particolarmente difficile e contraddittorio: il rilievo pubblicistico dell’attività svolta dal concessionario veniva a configgere con le ragioni dello scambio tipiche dell’accordo concessorio; la stabilità della concessione con la possibilità di una revoca per motivi di interesse pubblico”. Sul tema, cfr. anche F. LEDDA, *Dell’autorità e del consenso nel diritto dell’amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1277 ss.

fra concessione e appalto di lavori pubblici. Egli fu il primo a utilizzare espressamente la locuzione «concessione di servizi»²⁰, attribuendole un preciso significato, anche se l'istituto già esisteva ed era conosciuto e utilizzato da tempi remoti.

Il passaggio fondamentale nella nuova elaborazione della concessione amministrava scaturisce dall'analisi della concessione di pubblico servizio: in tale fattispecie si riscontrava sempre l'obbligazione del concessionario di esercitare un pubblico servizio. Nelle concessioni di pubblico servizio è presente un capitolato di appalto mediante il quale la pubblica amministrazione impone al concessionario tutti gli obblighi che ritiene opportuni nella attribuzione della concessione, obblighi che il concessionario accetta insieme alle condizioni ivi previste. Soprattutto nel caso della concessione di pubblici servizi comunali, gli obblighi e le condizioni formavano oggetto di vere e proprie trattative tra le parti. Tra gli obblighi pattuiti ne esisteva uno, facente capo al privato, che non poteva mancare mai: un obbligo di fare, che si concretava nel pubblico servizio oggetto del rapporto, elemento considerato da Forti, caratteristico dell'istituto. Pertanto, in tutti i tipi di concessione amministrativa, da cui derivassero obblighi di fare per il concessionario, poteva comunque rintracciarsi un "fondo contrattuale".

Arnaldo De Valles²¹ (1912, poi 1930), la cui analisi era finalizzata non solo a dimostrare che la volontà dello Stato e quella del concessionario potessero incontrarsi, ma anche a ricostruire un diverso profilo di manifestazione del volere da parte dell'ente pubblico, si collocò per molti versi nella scia contrattualistica di Forti.

De Valles evidenziò anch'egli come il rapporto concessorio realizzasse una delega dell'esercizio di facoltà pubbliche, fondata su ragioni di pubblico interesse e quindi espressione di autorità. In particolare, la dismissione di tali funzioni andava distinta dalla disciplina dei rapporti patrimoniali relativi alle prestazioni del concessionario, pure essi facenti parte della concessione. Sarebbe stato pertanto necessario scindere la parte squisitamente contrattuale, concernente gli interessi patrimoniali, da

²⁰ Sul tema, il contributo di R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

²¹ Sono di particolare interesse le seguenti opere: A. DE VALLES, *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Riv. giur. «Diritto e Giurisprudenza»*, Anno XXVI, n. 18- 22, Napoli, 1912; ID., *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, VI, p. I, Milano, 1930, 567 ss.

ciò che costituiva, invece, concessione di impero, che trasferiva da una ad altra persona l'esercizio delle facoltà di diritto pubblico.

Sulla base di questi rilievi, De Valles giunse a sostenere che la concessione fosse sì un atto unico, diretto ad una finalità unitaria, ma articolato su due o più pronunce di volontà simultanea, sostanzialmente diversi e recanti differenti effetti giuridici. L'ente concedente, a suo avviso, partecipa all'accordo col concessionario mediante una sola determinazione, la quale include però due distinte manifestazioni volitive. Più specificamente, la prima espressione di volontà è unilaterale ed ha come scopo l'istituzione del servizio pubblico e l'attribuzione al concessionario di particolari facoltà; la seconda, invece, è volta alla regolazione consensuale del servizio concesso.

La delega di facoltà, realizzata mediante la concessione, pareva soddisfare contemporaneamente sia l'interesse collettivo che l'interesse economico del concessionario.

D'altra parte, non può essere sottovalutato che, al fine di comporre il contrasto tra quegli interessi, la legge giolittiana del 1903 sulla municipalizzazione dei servizi pubblici²² aveva introdotto un regime paritario fra le amministrazioni municipali e i concessionari, dedicando maggiore attenzione agli interessi di questi ultimi. Più specificamente, tale legge aveva subordinato la cessazione unilaterale del rapporto concessorio, al rispetto di determinate forme e procedure, disponendo altresì che i concessionari avessero diritto, nel caso, ad un'indennità comprendente sia il danno emergente che il lucro cessante e fosse riconosciuta agli operatori economici la titolarità di situazioni giuridiche soggettive assimilabili ai diritti soggettivi.

Non sfugge che la logica della normativa promossa da Giolitti era

²² La stessa legge sulle municipalizzazioni, nel momento in cui venne adottata, considerò quali servizi pubblici, attività tra loro estremamente eterogenee, per cui immediatamente si prospettarono importanti problemi di qualificazione delle attività in termini di "servizio pubblico". Infatti, mentre alcuni servizi, quali la provvista di acqua potabile, l'illuminazione pubblica, la manutenzione delle fognature, la nettezza delle vie pubbliche potevano sicuramente costituire servizio pubblico comunale necessario, ve ne erano altri quali, ad esempio, le affissioni, i vivai, i mulini, i forni, il latte che non costituivano affatto servizi pubblici e la qualificazione come tali avvenne esclusivamente ad opera della legge in virtù della loro inclusione nella elencazione normativa. Dal suddetto *modus operandi* deriva la stessa qualificazione, in origine, della teoria soggettiva in termini di teoria nominalistica.

quella di far sì che, per esigenze di decollo industriale del Paese, gli imprenditori non privassero i pubblici poteri del supporto indispensabile alla realizzazione di infrastrutture e di opere pubbliche. La concessione, quindi, non andava più vista come una “crepa” nella coerenza del sistema, ma doveva essere colta come uno degli strumenti attraverso i quali il soggetto titolare delle funzioni gestorie del bene potesse concretamente provvedere alla organizzazione e valorizzazione delle relative destinazioni, per l’affermazione di valori sia economici che sociali e della sostenibilità.

La concessione era strumento di politica economica e in quanto tale rientrava nell’esercizio di poteri pubblici, ma quei poteri non potevano non tener conto delle esigenze/pretese dei loro finanziatori necessari, ossia i privati. In siffatta prospettiva, veniva evidenziata l’importanza della concessione quale strumento essenziale di gestione del patrimonio pubblico e, per la prima volta, si distingueva tra fattispecie c.d. “funzionali”, teleologicamente orientate a preservare il bene dai rischi dell’uso collettivo (mediante affidamento ai concessionari del diritto/dovere di sfruttarlo in modo compatibile alla sua sopravvivenza), e fattispecie c.d. “reddituali”, finalizzate allo sfruttamento economico del bene.

Nel mentre aveva corso quel dibattito, fu una storica statuizione della Corte di Cassazione (1910) a gettare un inatteso sasso nella disputa mediante l’elaborazione di quella figura della c.d. “concessione-contratto”²³ che fino ai nostri giorni avrebbe indirizzato la prevalente giurisprudenza.

A riguardo, la Corte affermò a proposito degli atti concessori che gli stessi *“considerati analiticamente, sono nella loro essenza due negozi distinti, che si congiungono: il primo si attua e si realizza nell’altro, ma può anche non essere accompagnato dalla stipulazione di un contratto. All’accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all’atto amministrativo il verificarsi della condizione per la*

²³ Su tale ricostruzione, Cass. Roma, 12 gennaio 1910, che, in una controversia avente ad oggetto la concessione di un’area demaniale marittima per uso industriale, chiari che «all’accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all’atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e di svolgersi».

Solo in limitati casi la Cassazione, al fine di tutelare maggiormente le aspettative e i diritti degli operatori economici, venne ad attrarre la revoca per inadempimento nell’ambito della giurisdizione ordinaria e ad escludere la revoca *ad nutum*: Cass. Roma, 9 febbraio 1918; Cass. 20 febbraio 1925. Sulla tesi della concessione-contratto, v. M. D’ALBERTI, *Le concessioni*, cit., 187 ss.

quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per il suo modo di attuarsi e di svolgersi. Questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, indipendentemente da ogni vincolo convenzionale, ma può, senza ostacolo legale, formare obbietto di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di contraente. In questa seconda ipotesi, certamente, possono avere luogo vere e proprie violazioni contrattuali e azioni ex contractu per ripararle"²⁴.

Si trattava di una ricostruzione che, facendo salva la natura costitutiva e accrescitiva del provvedimento, sostanzialmente consentiva di legittimare l'esistenza di un momento contrattuale di regolazione patrimoniale del rapporto²⁵.

Il provvedimento amministrativo, stante l'indisponibilità dell'oggetto pubblico all'autonomia negoziale delle parti, avrebbe garantito la costituzione del rapporto mediante la delega o il trasferimento di poteri pubblicistici, mentre il contratto ad esso collegato avrebbe regolato gli aspetti patrimoniali della vicenda.

Dal contratto sarebbero sorte obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici le cui violazioni avrebbero potuto dar luogo ad azioni giudiziarie. Inoltre – fattore di particolare importanza – la presenza anche del contratto incideva sulla possibilità di procedere alla revoca *ad nutum*, connotato proprio delle concessioni unilaterali²⁶.

Tale ricostruzione "a doppio grado" rinvenne ampio apprezzamento in giurisprudenza: essa rappresentava una soluzione in grado di garantire un soddisfacente equilibrio tra le prerogative pubblicistiche e le garanzie proprie del contratto, anche ai fini di un più coerente e agevole riparto di giurisdizione.

La dottrina prevalente, invece, rimase critica o persino scettica. D'altronde, alla coerenza astratta del modello teorico proposto non sempre corrispondeva il concreto svolgersi dei rapporti concessori nella prassi delle amministrazioni: talvolta risultava impossibile distinguere in maniera nitida l'atto pubblico costitutivo da quello privatistico di regolazione patrimoniale. I due strumenti potevano risultare intrecciati in una sequenza diversa (l'atto

²⁴ Cass. 12 gennaio 1910, *cit.*, 248.

²⁵ Sulla evoluzione della concessione amministrativa e, in particolare, della concessione-contratto, A. ALTIERI, *Le concessioni amministrative*, in www.contabilita-pubblica.it, 2020, 1 ss.

²⁶ Su questo profilo, M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, *cit.*, 195.

pubblico si limitava ad approvare la convenzione), mentre in altri casi non risultava rinvenibile alcun atto costitutivo di tipo pubblicistico.

Per tale motivo, negli anni Trenta del Novecento, gli studiosi furono impegnati nel tentare di dimostrare la possibilità di individuare criteri distintivi fra il provvedimento amministrativo e il contratto di diritto pubblico e fra quest'ultimo e il contratto privatistico della pubblica amministrazione.

Secondo Giovanni Miele²⁷ (1931), nei casi in cui il diritto positivo non prevedeva esplicitamente l'emanazione di un provvedimento amministrativo e non considerava possibile concludere un contratto, la pubblica amministrazione avrebbe potuto ricorrere a un atto convenzionale, da ascrivere al diritto pubblico in quanto pubblica era la natura giuridica di una delle parti, l'amministrazione, non perché pubblico fosse l'interesse che muoveva quest'ultima²⁸.

Fu Aldo M. Sandulli (1940, poi 1964) ad affermare che si poteva assegnare comunque un qualche rilievo al provvedimento amministrativo ancorché questo era solito essere adottato solo in un momento successivo rispetto al contratto, finendo per costituirne l'approvazione: a suo avviso si sarebbe potuta applicare, al riguardo, la teoria dei c.d. atti a formazione progressiva²⁹. D'altronde, la teoria contrattualista del rapporto di concessione riteneva necessario, per la sua creazione, il concorso sinallagmatico della volontà della pubblica amministrazione e del privato. In questa prospettiva, in sostanza, la concessione non esisteva, importanza fondamentale nella definizione del rapporto era assegnata soltanto al contratto.

Al riguardo, è stato opportunamente rilevato da Marco d'Alberti³⁰ che il provvedimento di approvazione del contratto non sempre aveva luogo, a causa della eterogeneità dei rapporti sottostanti. Al suo posto, piuttosto,

²⁷ G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, richiamato da G. FALCON, *Le convenzioni amministrative. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 89.

²⁸ G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 90 ss., rileva che il contratto di diritto pubblico secondo Miele è “*un contratto (...) che incide su un rapporto da qualificare pubblicistico, in quanto è disciplinato da regole di diritto pubblico. Si tratta di una prospettiva oggettivistica, che tuttavia comprende non certo irrilevanti momenti soggettivi, dal momento che regole di diritto pubblico sono poi quelle istitutive dei rapporti aventi come parte necessaria lo stato e i suoi ausiliari*”.

²⁹ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (1940), Milano, 1964, 183 ss. e 260 ss.

³⁰ M. D'ALBERTI, voce “*Concessioni amministrative*”, cit., 2 ss.

potevano rinvenirsi fattispecie decisamente differenti quali: l’emanazione di un decreto di approvazione, la stipula di un atto di sottomissione, l’inizio dello svolgimento dell’attività concessa, la consegna dei beni demaniali oggetto di concessione, l’approvazione del progetto delle opere da realizzare, la notifica dell’aggiudicazione. Insomma, una gamma estremamente ampia e variegata di vicende, tale da non poter essere indistintamente ascritte alla tipologia delle fattispecie proprie dell’atto a formazione progressiva.

Ad una diversa ricostruzione del contratto pubblico pervenne Mario Gallo (1963)³¹, il quale si soffermò sull’importanza dell’elemento causale: contratto privato e pubblico si distinguevano, infatti, in ragione della diversità della “causa”. Più che il perseguimento dell’interesse pubblico da parte dell’amministrazione, a suo avviso risultava rilevante la posizione specifica che l’interesse pubblico ricopriva rispetto al negozio.

Le difficoltà di ordine dogmatico e sistematico non erano affatto risolte.

Santi Romano, nel 1914, aveva rilevato che mediante le concessioni venivano trasferite “*facoltà unicamente ed esclusivamente spettanti all’amministrazione*”. Per questo motivo, il concessionario andava considerato come amministrazione in senso “oggettivo” – in grado di emanare anche atti amministrativi, essendo chiamato ad esercitare «il diritto pubblico di supremazia» – o, comunque, come un «organo indiretto» dell’amministrazione o un «*munus pubblico*»³².

Guido Zanobini (1920)³³ aveva invece affermato che anche l’agire contrattuale dell’amministrazione, in taluni casi, andasse qualificato vero e proprio agire amministrativo: “*agire normativamente vincolato al pubblico interesse e giuridicamente rilevante come tale*”.³⁴

E nel 1938, Antonio Amorth³⁵ aveva provato a ripercorrere quelle

³¹ M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1963.

³² S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1914, 239 ss., ravvisava una concessione «tutte le volte che l’amministrazione trasmette ad altri un suo potere», ovvero «quando sulla base di un suo potere o diritto, che restano così limitati, essa costituisce un nuovo diritto o potere di vantaggio di altri».

³³ G. ZANOBINI, *L’esercizio privato delle pubbliche funzioni e l’organizzazione degli enti pubblicistici*, in *Ann. Univ. Toscane*, Nuova serie, V, 1920, 3 ss.

³⁴ G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 88.

³⁵ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss.

strade provando però a prendere direttamente le mosse proprio da quella attività di diritto privato della pubblica amministrazione per valutare gli effetti che potessero derivare dalla presenza dell'elemento pubblicistico nell'ordinario svolgersi della fattispecie.

La complessa vicenda di ordine sistematico ritrova ampia eco anche nella sistematica di Massimo Severo Giannini (1950, poi 1962, poi 1970)³⁶ in tema di contratti della pubblica amministrazione. Ivi, la concessione veniva collocata nell'ambito dei "contratti ad oggetto pubblico", cioè tra quei contratti che, avendo ad oggetto beni o utilità sottratti alla ordinaria circolazione giuridica, dovevano necessariamente essere preceduti da un provvedimento amministrativo che ne rendesse disponibile l'oggetto.

La soluzione non chiudeva tuttavia il tema. Anche quella teoria lasciava invero irrisolto sia il nodo dei nessi e delle interferenze tra momenti pubblicistici e privatistici che caratterizzano la fase esecutiva, sia il problema del trasferimento dei vizi di un singolo atto (pubblicistico o privatistico) sull'intero rapporto.

4. *La concessione amministrativa nel Secondo Dopoguerra*

A partire dal Secondo Dopoguerra, a seguito anche della entrata in vigore della Costituzione, si verificò un fenomeno nuovo: per ragioni di

³⁶ La concessione venne ricostruita nei termini di contratto di diritto pubblico anche da M.S. GIANNINI (*Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950; *L'attività amministrativa*, Roma, 1962; *Diritto amministrativo*, Milano, 1970). Nella concessione le parti concorrerebbero in posizione giuridica paritaria alla costituzione del rapporto e gli effetti giuridici che ne deriverebbero sarebbero collegati all'incontro delle due volontà; le prestazioni presenterebbero una stretta correlazione nel senso che ciascuna di esse sarebbe legata causalmente all'altra. La ricostruzione della concessione in termini pubblicistici del Giannini assunse una importanza fondamentale per la ricostruzione dell'istituto della concessione di pubblici servizi. In fattispecie, infatti, le concessioni non sarebbero "concessioni", ma atti di tipo organizzatorio con i quali la pubblica amministrazione affida a terzi un proprio ufficio. Alla teoria contrattualista si opposero gli anti-contrattualisti, i quali sostennero che la concessione sorgeva da un atto costituito dalla sola volontà della amministrazione. Le dichiarazioni di volontà della amministrazione e del singolo si concretirebbero in due atti distinti e unilaterali: quello dell'amministrazione assumerebbe la posizione di atto principale e per sé stesso operativo del rapporto, mentre quello del privato, a seconda che intervenga prima o dopo l'atto di concessione, assumerebbe rilievo come semplice presupposto o come condizione di efficacia del medesimo.

ordine speculativo, la nettezza della distinzione (e della contrapposizione) tra il regime e la disciplina della concessione rispetto a quella dell'appalto di lavori, cominciò a sfumare, determinando ripercussioni sui già instabili equilibri dogmatici sino ad allora conseguiti.

Nella prassi di molte amministrazioni si andò diffondendo il ricorso alla figura della “concessione di lavori” per “sfuggire” all'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica, operante nel comparto degli appalti di lavori. La “concessione di sola costruzione», inoltre, consentiva di affidare al privato l'attività di realizzazione dell'opera e di alcune attività ad essa accessorie (progettazione, espletamento delle procedure espropriative, direzione dei lavori, stipulazione dei contratti di appalto con i soggetti esecutori dei lavori), senza attribuzione di poteri e responsabilità nella successiva gestione della stessa. Quell'istituto, previsto sin dall'inizio del Novecento in diverse legislazioni settoriali soprattutto per l'esecuzione di programmi e interventi organici (per i quali poteva risultare utile la delegazione di compiti altamente tecnici e complessi a soggetti estranei alla p.a. senza un immediato esborso di denaro pubblico³⁷), finì con l'essere utilizzato ben oltre i confini previsti, travalicando la sua originaria destinazione e funzione, per far fronte alla esecuzione di singole opere pubbliche. Questa situazione, protrattasi per un tempo non breve, scombussolava gli arresti teorici ai quali si era sino ad allora pervenuti e poneva in crisi la giurisprudenza che tuttavia continuava a cercare riparo nella teoria elaborata dalla Cassazione della c.d. “concessione-contratto”.

Nell'ultimo ventennio del XX secolo si profilano nuove ipotesi ricostruttive dell'istituto.

Innanzitutto, viene riproposta una ricostruzione in chiave contrattuale di tutto il fascio di rapporti sussistenti fra la pubblica amministra-

³⁷ Il sistema della concessione di costruzione fu inizialmente previsto dall'art. 2 della l. 12 luglio 1908, n. 444, sulle ferrovie concesse all'industria privata (ora artt. 24 e segg. del r.d.l. 2 agosto 1929, n. 2150) ed ha avuto largo sviluppo soprattutto nelle opere di bonifica (art. 17 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 3256; art. 13 del r.d. 13 febbraio 1933, n. 215). Tale sistema venne esteso, per la prima volta, all'esecuzione di opere di qualsiasi natura, con d.l.l. 6 febbraio 1919, n. 107: l'art. 16, stabiliva che, con decreti reali, su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con quello del Tesoro, potevano essere concessi a province, comuni, consorzi e *privati* l'esecuzione e, eventualmente, l'esercizio di opere di qualsiasi natura per conto dello Stato, disponendo che la spesa a carico dello Stato venisse ripartita in non più di 50 rate annuali, comprensive di capitale e di interessi.

zione e il concessionario. Altri, invece, provano a qualificare la concessione come atto amministrativo non autoritativo, con adesione del privato.

L'entrata in vigore dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 – che, come noto, dispone la possibilità per l'amministrazione di addivenire ad una conclusione negoziata dell'uso del potere discrezionale con il privato – fornisce nuovi argomenti per una costruzione in chiave pubblicistica, ancorché consensuale, dello strumento concessorio.

Secondo alcuni orientamenti dottrinali, al modello dell'accordo amministrativo possono essere ricondotti molteplici strumenti consensuali di diritto pubblico, tra cui le convenzioni che regolano i rapporti concessori di pubblico servizio³⁸. L'accordo *ex* art. 11 cit. costituirebbe uno strumento unico, idoneo a conciliare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato con il regime proprio dei contratti³⁹. La disposizione normativa, rendendo facoltativo l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione, ha di fatto introdotto nel nostro ordinamento una fattispecie contrattuale di diritto pubblico, alternativa sia al provvedimento che al contratto di diritto privato⁴⁰. Come puntualizza Alfredo Moliterni (2012)⁴¹, la *ratio* alla base delle recenti ricostruzioni teoriche contrattual-pubblicistiche, l'elemento caratteristico delle concessioni di pubblico servizio va individuato nel concetto di funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico.

³⁸ Sul tema, cfr. A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.* 1995, 573. Secondo l'A. la rilevanza dell'art. 11 della l. 241/1990 è data dalla circostanza di poter conferire finalmente, alla concessione di servizio, “quella unicità della quale la scienza giuridica ha sempre avvertito l'esigenza” e che “comporta anche una soddisfacente soluzione dell'incerto rapporto, fra destino del rapporto e sopravvivenza del contratto”; sul tema, cfr. G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi fra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 151 ss.; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.* 1993, 35 ss.; da ultimo, M. GOLA, *La concessione di beni demaniali: verifica della sua attualità e influenza dell'ordinamento euro-unitario per la sua interpretazione*, in *Riv. CERIDAP*, 2024, 165 ss.

³⁹ Di diverso avviso, A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1975, 73 ss.

⁴⁰ Sul tema, cfr. B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2017, 1 ss.

⁴¹ A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.* 2012, 576 ss.

Più precisamente, il riferimento all'accordo amministrativo consente di qualificare quel rapporto in chiave pubblicistica – o non integralmente privatistica – senza essere costretti a ricorrere alla costruzione a doppio grado della concessione-contratto.

Franco G. Scoca⁴², nell'ultima edizione del Manuale *Diritto amministrativo*, da lui stesso curata, si chiede per quali ragioni le concessioni, che sono atti favorevoli al privato e da questo richiesti, debbano essere considerati provvedimenti autoritativi e non atti di diritto comune consensuali (negozi e contratti). A suo avviso, “*sul piano della disciplina positiva la risposta è semplice: tali atti sono disciplinati come provvedimenti, con tutto ciò che ne consegue sia sul piano del diritto sostanziale come in quello del diritto processuale. (...) Dal punto di vista teorico non c'è alcun impedimento a che, al posto delle concessioni, l'amministrazione agisca mediante negozi o contratti; e dal punto di vista storico ci sono stati tempi nei quali l'amministrazione così si regolava. La svolta in senso pubblicistico è avvenuta per ragioni pratiche rilevanti, ossia per la migliore tutela dei privati interessati: il richiedente, infatti, nel procedimento amministrativo e a fronte dell'eventuale provvedimento negativo, essendo titolare di interesse legittimo, può sfruttarne gli strumenti di tutela, sia nel procedimento, sia contro il provvedimento; il terzo contrario al rilascio della concessione ha anch'egli titolo a partecipare al procedimento e ad impugnare la concessione rilasciata ad altri. Queste forme di tutela sarebbero difficilmente concepibili se l'attività dell'amministrazione si esprimesse in termini negoziali. In definitiva, la ragione della costruzione pubblicistica di questi atti dell'amministrazione risiede nella sua migliore rispondenza ai principi di buon andamento e di imparzialità, ora fissati nell'art. 97 Cost.*”.

Insomma, è nella maggior tutela che garantisce a tutte le parti in gioco il processo amministrativo che si fonderebbe l'opzione normativa della concessione amministrativa quale provvedimento: una tesi che affonda nelle ben note argomentazioni dello studioso in tema di garanzie proprie dell'interesse legittimo⁴³ e che si rafforza oggi ancor più alla luce della ben nota maggiore efficienza temporale del processo amministrativo rispetto a quello civile.

⁴² F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo* (a cura di), Torino, 2025, 278 ss.

⁴³ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

5. ... e il pendolo continua a oscillare

Ma l'evoluzione storica dell'istituto della concessione amministrativa, come noto, non si chiude certo qui. Il suo continuo divenire prosegue senza rallentamenti, a seguito dell'ingresso, nelle fonti dell'ordinamento italiano, dei principi di fonte europea e dell'inserimento, nel novero del Libro IV del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 (artt. 176 ss.), della nuova disciplina di diritto positivo della concessione.

Lo stabile inserimento della concessione tra gli strumenti propri delle leve della politica economica del Paese appare un traguardo irrinunciabile in considerazione dell'incremento di attività indotto da quel sistema, in grado di stimolare settori e attività, producendo un consistente incremento del PIL.

Sotto altro profilo, la rigorosa disciplina normativa che ormai connota l'istituto concessorio è volta a garantire condizioni di parità, di equità e di efficienza del mercato, ma, a tutt'oggi, le resistenze alla rinuncia o anche solo alla disciplina di antichi retaggi e privilegi non sono certo terminate, continuando piuttosto a continuare a determinare costanti "oscillazioni del pendolo di Foucault".

Abstract

La storia della concessione amministrativa parla di un istituto molto variegato, rispondente a presupposti e finalità che nel tempo risultano estremamente diversificati. Come anche varia è la natura giuridica degli atti che la supportano. Da esercizio di libero arbitrio a strumento compartecipe della gestione di una fetta non indifferente della finanza pubblica, le oscillazioni dell'istituto concessorio la assimilano al pendolo di Foucault: nonostante il suo recente irrigidimento in norme di diritto positivo, sono ancora persistenti evidenti le ragioni della resistenza al cambiamento.

Administrative concession and Foucault's Pendulum:
from the genesis to the threshold of European Law

Administrative grant history spoke of a very varied instrument, meeting extremely diverse assumptions and purposes over time. Just as also varied is the extent of legal nature of the acts that support it. From a free exercise of free will to an instrument co-participating in the management of a not insignificant slice of public finance, the oscillations of the concessionary institution liken it to Foucault's pendulum: despite its most recent tightening in positive law norms, reasons for resisting change still persist.

La gestione del patrimonio immobiliare per finalità sociali da parte degli enti del terzo settore*

di Margherita Interlandi, Lorenza Tomassi

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione del tema di ricerca. – 2. L'amministrazione condivisa per l'attuazione degli obiettivi di "inclusione e coesione sociale". – 2.1. *Segue*. Gli strumenti di amministrazione condivisa. – 3. La concessione dei beni immobili disponibili e quadro giuridico di riferimento. – 3.1. *Segue*: la regolamentazione comunale in materia di concessioni agli enti del terzo settore. – 4. Il modello di gestione degli immobili per finalità sociali secondo la giurisprudenza della Corte dei conti. – 4.1. *Segue*. il censimento dei beni pubblici e la pianificazione sociale come atti presupposti per una corretta valorizzazione del patrimonio immobiliare. – 5. La co-programmazione per la individuazione delle aree di intervento tra pianificazione e indicatori sociali. – 5.1. *Segue*. La possibile rilevanza giuridica degli indicatori di benessere equo e sostenibile nel ciclo di programmazione sociale. – 5.2. *Segue*. Le modalità di coinvolgimento del Terzo settore nelle fasi di pianificazione ed attuazione degli interventi. – 6. Riflessioni conclusive. Dalla pianificazione dei bisogni sociali alla pianificazione della rigenerazione urbana: la compatibilità di un modello di gestione degli immobili disponibili fondato sul valore economico del bene rispetto alla doverosità della funzione rigenerativa e al ruolo strategico della collaborazione pubblico-privata.

1. *Premessa e delimitazione del tema di ricerca*

La gestione del patrimonio immobiliare per finalità sociali è un tema che intreccia diversi profili, tra cui quelli relativi ai presupposti giuridici che legittimano la concessione del bene agli enti del Terzo Settore sulla base di convenzioni che prevedono condizioni economiche più vantaggiose, talvolta gratuite.

La questione è stata oggetto di significative pronunce da parte della Corte dei Conti che, sia in sede consultiva che in sede giurisdizionale¹, ha

* Sebbene il contributo sia frutto di una riflessione condivisa, e come tale le considerazioni conclusive espresse al par. 6 sono congiunte, è possibile attribuire a M. Interlandi i paragrafi 1, 2, 3, 4.1, 5.1 e a L. Tomassi i paragrafi 2.1, 3.1, 4, 5, 5.2.

¹ Cfr. Corte dei conti, sez. contr. Campania, parere del 21 dicembre 2016, n. 357; Corte dei conti, sez. contr. Molise, parere del 31 gennaio 2017, n. 12; Corte dei conti, sez. giur. Campania, sentenza 6 dicembre 2017, n. 426; Corte dei conti, sez. giur. Campania, sentenza n. 22/2019; Corte dei conti, sez. I, cent. App., sentenza del 22 aprile 2021

affermato che “lo scopo del patrimonio disponibile è generalmente quello di produrre reddito e, di conseguenza, la concessione di un immobile pubblico in uso gratuito o a particolari condizioni di vantaggio rispetto al reale prezzo di mercato potrebbe costituire, in via generale, un utilizzo non coerente con le finalità del bene, poiché improduttivo di entrate²”.

Ciò ha indotto le amministrazioni comunali ad individuare gli strumenti organizzativi più idonei per destinare gli immobili appartenenti al patrimonio disponibile al perseguimento di finalità sociale anche attraverso il contributo del terzo settore, secondo il modello di amministrazione condivisa³. Tuttavia, ad oggi, le scelte amministrative sono state indiriz-

n. 323; Corte dei conti, sez. contr. Veneto, parere del 25 luglio 2022, n. 109; Corte dei conti, sezione controllo, Piemonte, parere del. n. 40/2023; Corte dei conti, sez. contr., Lombardia, parere del 4 dicembre 2024 n. 251.

² Corte dei conti, sez. contr. Veneto, parere del 25 luglio 2022, n. 109 che, nel contesto della gestione del patrimonio immobiliare pubblico, valorizza il principio di buon andamento nella prospettiva di una gestione efficiente degli strumenti di cui si avvale la pubblica amministrazione.

³ Il patrimonio immobiliare disponibile utilizzato per finalità sociali attraverso il modello dell'amministrazione condivisa può essere incluso nel paradigma dei beni comuni, ove con tale espressione si fa riferimento a tutti quei beni pubblici funzionali al benessere individuale e collettivo e come tali idonei ad ospitare attività di interesse generale. Tale definizione si ricava per via interpretativa, mancando allo stato attuale una disciplina a tal riguardo. Un tentativo di positivizzare la definizione di beni comuni si era avuta nel 2007 dalla Commissione Rodotà che, nel disegno di legge, li identificava come beni che “esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona”. Sicché, in assenza di un quadro giuridico di riferimento, il dibattito scientifico vi ha dedicata molta attenzione, giungendo a darvi molteplici definizioni che danno rilevanza prevalentemente al profilo funzionale del bene stesso. In tal senso, infatti, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, 3^o ed., Bologna, 1989, 93 ss., definisce i beni comuni come quei beni a disposizione di tutti e caratterizzati dalla limitatezza qualitativa delle risorse che offrono e dall'abbondanza quantitativa. Secondo questa interpretazione, su tali beni la P autorità pubblica si limiterebbe a svolgere una funzione di controllo rispetto al libero godimento da parte della collettività. P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi.it*, 2011, osserva che i beni comuni, in quanto funzionali al godimento della collettività, devono essere preservati anche per consentirne l'effettivo godimento da parte delle generazioni future. L. GIANI, *Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa*, in *Nuove Autonomie*, n.2/2016, 169, individua nel profilo funzionale, relativo alla destinazione del bene e alla sua fruibilità, la chiave per classificare i beni di interesse pubblico e beni di interesse privato. Secondo tale prospettiva, infatti, i primi sono preordinati a soddisfare interessi sociali o collettivi,

zate, prevalentemente, alla valorizzazione dell'utilità sociale perseguita dai soggetti concessionari, trascurando il profilo relativo all'impatto sociale dell'attività svolta sul contesto territoriale su cui insiste l'immobile. Ciò ha determinato che, ai fini della tutela delle risorse erariali, la finalità sociale perseguita dall'ente concessionario non è risultata sempre un presupposto sufficiente per legittimare la distrazione del bene al reale valore di mercato, esponendo gli amministratori pubblici alla condanna per danno contabile.

Con il presente lavoro si vuole, perciò, riflettere sulla possibilità di delineare un modello organizzativo che, in ossequio ai principi sanciti dalla giurisprudenza contabile, possa valorizzare il coinvolgimento degli enti del terzo settore nella prospettiva dell'amministrazione condivisa per il perseguimento delle finalità sociali, tenendo conto sia dei vincoli relativi alla scelta sulla destinazione d'uso dell'immobile sia di quelli relativi alla scelta del soggetto concessionario.

2. *L'amministrazione condivisa per l'attuazione degli obiettivi di "inclusione e coesione sociale"*

Com'è noto, il modello di amministrazione condivisa si è consolidato come soluzione volta a rimediare ai livelli di tutela insoddisfacenti apprestati dalla pubblica amministrazione "responsabile della cura d'interessi pubblici per conto della collettività" in ragione della scarsità delle risorse economiche⁴. L'inquadramento dei diritti sociali⁵ come diritti finanzia-

i secondi, invece, quelli dei privati. Diversamente, F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. BOMBARDELLI, (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Trento, 2016, in part. 46 ss., ritiene che lo scopo di definire cosa siano i beni comuni non è quello di offrire una diversa qualificazione giuridica a determinati "beni" (siano essi tali o meno, dal punto di vista tecnico), bensì di creare una "etichetta" che vincoli l'amministrazione locale ad agire, a riguardo, in un certo modo, secondo un modello di amministrazione condivisa (o di co-amministrazione). Sulla ricostruzione delle molteplici declinazioni assunte dai beni comuni v. i contributi, nel medesimo volume di E. FIDELBO, *I beni comuni nella teoria dei beni pubblici. Tentativi di una classificazione*, in D. DONATI (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi*, Franco Angeli, 2024, e di G. PETTINARI, *Beni comuni, azioni collettive e amministrazione condivisa: un inquadramento della materia. La prospettiva di una lettura dinamica sull'attività*.

⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, n.1/2014, 1131.

⁵ In materia di diritti sociali v. A. BALDASSARRE, *"Diritti sociali"*, in *Enc. Giur.*, XI, Trec-

riamente condizionati⁶, infatti, aveva individuato nel coinvolgimento del terzo settore per la gestione dei servizi sociali una soluzione quasi obbligatoria.

In quest'ottica, infatti, la qualità della prestazione erogata sarebbe garantita dal "patrimonio informativo altamente specialistico detenuto da quei soggetti che sono a contatto diretto con la realtà territoriale di riferimento", vale a dire, dunque, dagli «operatori del privato sociale»⁷.

Sì, è visto, altresì, che l'evoluzione della tutela dei diritti sociali ha portato ad un affrancamento della stessa dai c.d. vincoli di bilancio⁸, almeno per ciò che riguarda il loro nucleo essenziale, muovendosi, quindi, verso il superamento del modello teorico che considera i diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati, ovvero diritti che possono trovare attuazione solo nei limiti delle disponibilità economiche della pubblica amministrazione⁹.

cani, Roma, 1989; M. BENVENUTI, "Diritti sociali", in *Dig. Disc. Pubbl.*, 2012; P. CARETTI e G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; M. LUCIANI, "Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale", in *Rivista AIC*, n. 3/2016; C. VENTIMIGLIA, *I Diritti sociali tra garanzia costituzionale e compiti dell'autorità*, Roma, 2013.

⁶ Sul rapporto tra i diritti sociali e vincoli imposti da esigenze di bilancio v. L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015; I. CIOILLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *costituzionalismo.it*, 3/2012; M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2017; F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; L. GIANI, *Diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed uguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Roma, 2013; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015.

⁷ Cfr. E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 197 ss.; v. anche A. DONATO, "La co-progettazione", in ID. (a cura di), *L'affidamento dei servizi sociali*, Milano, 2004, 104.

⁸ Su questi argomenti sia consentito il rinvio a M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, 2013, 81 ss. ove si osserva che il tema della finanza pubblica andrebbe impostato tenendo conto che la gestione delle risorse economiche non deve limitarsi ad assicurare l'equilibrio tra entrate e spesa ma deve altresì realizzare le pretese della collettività ad un livello di benessere qualitativamente accettabile ma soprattutto accessibile a tutti.

⁹ In argomento, seppur nella diversa prospettiva della garanzia dei diritti della

Ciò non significa che nella individuazione delle prestazioni esigibili non si debba tener conto dei limiti che derivano dalla costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, ma significa, piuttosto, che l'organizzazione dei mezzi e delle risorse deve conformarsi all'effettivo godimento del diritto¹⁰.

In questo scenario, quindi, la scelta di ricorrere ai modelli di amministrazione condivisa risponde a logiche ed esigenze che sono in parte diverse da quelle raccolte nella disciplina del terzo settore di cui al d.lgs. del 2017.

Il programma europeo *Next Generation EU*, infatti, ha attribuito al nostro Paese risorse significative per rafforzare il suo sistema produttivo e intensificare le azioni di contrasto alla povertà, all'esclusione sociale e alle disuguaglianze¹¹.

Nello specifico, il coinvolgimento del privato sociale costituisce una opzione organizzativa espressamente evocata nella Missione 5, relativa alla inclusione e coesione, al fine di implementare l'erogazione dei servizi sociali territoriali.

In tale ottica, gli strumenti della co-progettazione e della co-program-

persona con disabilità, sia consentito il rinvio a M. INTERLANDI, *Funzione amministrativa ed effettività dei diritti della persona con disabilità*, in ID. (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità. vent'anni dalla legge n. 17/1999*, Napoli, 2022, 193 ss. in cui si osserva che le esigenze di finanzia pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo duro dei diritti fondamentali. Nei medesimi termini, nello stesso volume, sia consentito il rinvio a L. TOMASSI, *La garanzia del diritto all'istruzione secondo il modello sociale di disabilità e l'inefficienza amministrativa*, 289 ss.

¹⁰ Sul rapporto tra vincoli di bilancio e diritti sociali, nella particolare prospettiva del diritto allo studio degli studenti con disabilità si rinvia ancora a L. TOMASSI, *La garanzia del diritto all'istruzione secondo il modello sociale di disabilità e l'inefficienza amministrativa*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli 2022, 275, in cui è sostenuto come la questione non attenga più alle limitate risorse finanziarie che rendono i diritti condizionati; principalmente, invero, ora si discute su come i diritti sociali possano essere garantiti al pari degli altri diritti, al netto delle risorse disponibili.

¹¹ Sul punto v. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e Pnrr*, cit., 15. P.A. mette in evidenza come il risultato sia "la cifra di lettura" della riforma prevista all'interno del Pnrr e che, come tale, vincola, regola e guida la discrezionalità amministrativa. Se, infatti, nei tempi più recenti la discrezionalità amministrativa trovava dei limiti imposti dalle scarse risorse finanziarie, oggi il quadro si capovolge ed è proprio la eventuale disponibilità delle risorse finanziarie, erogate al raggiungimento di predeterminati obiettivi, a indirizzare l'azione amministrativa.

mazione sono destinati ad essere innovati, per diventare uno dei principali strumenti di cooperazione tra enti *non profit* e istituzioni pubbliche¹².

Ciò emerge anche dalla previsione secondo cui, con riferimento ai Piani Urbani integrati, gli interventi individuati per la riqualificazione delle periferie delle Città Metropolitane e quelli di pianificazione urbanistica partecipata “*potranno anche avvalersi della coprogettazione con il Terzo Settore ai sensi dell’art. 55 decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117*”¹³.

La pianificazione in coprogettazione di servizi, sfruttando le 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. Ciò dovrebbe essere funzionale anche alla promozione di attività sociali, culturali ed economiche con particolare attenzione agli aspetti ambientali.

Una pianificazione urbana partecipata, da parte di tutte le parti sociali interessate, consentirebbe, infatti, di creare nuovi servizi alla persona e al miglioramento dell’accessibilità e dell’intermodalità delle infrastrutture anche allo scopo di trasformare territori metropolitani vulnerabili in territori efficienti, sostenibili e produttivi aumentando, ove possibile, il loro valore¹⁴.

In egual misura, gli enti del terzo settore potranno svolgere un ruolo

¹² In tal senso sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. soc.*, n. 1/2022, 109.

¹³ Tali riflessioni potrebbero essere foriere di ulteriori sviluppi se collegate al tema del rapporto tra Stato e mercato, che, secondo un recente studio di RAGHURAM RAJAN, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da Stato e mercati*, Milano 2019, andrebbe reinterpretata sulla base di un nuovo equilibrio fondato sulla valorizzazione di un “terzo pilastro”: la comunità locale. Secondo tale approccio, infatti, lo Stato dovrebbe promuovere una più ampia capacità di autodeterminazione delle comunità locali e al tempo stesso rafforzare il suo ruolo di governo nazionale, per farle convergere nell’ambito di una strategia nazionale unitaria, sul piano dei diritti fondamentali e dell’uguaglianza sociale. È la comunità costituita sulla vicinanza fisica, infatti, che favorisce la sperimentazione di nuove governance economiche e politiche, replicabili su tutto il territorio nazionale.

¹⁴ In materia di pianificazione urbana v. E. FOLLIERI, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e le pianificazioni di settore*, a cura di G. CAIA, *Quaderni della Spisa*, Rimini, 2001; M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *RGU*, n. 4/2004; G. PIPERATA, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbanistiche*, in *Urb. App.*, n.5/2011.

centrale anche in riferimento all'investimento 3¹⁵, relativo agli interventi socioeducativi strutturati per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno. In questo settore, si ritiene, il contributo offerto dal privato sociale deve riguardare in particolar modo il potenziamento dei servizi socioeducativi a favore dei minori, finanziando iniziative di contrasto alla dispersione scolastica e di miglioramento dell'offerta educativa.

L'esigenza di trovare sostegno nel terzo settore, creando un'amministrazione condivisa, in cui le parti sociali possano agire con lo scopo di rendere più fruibili i servizi, si traduce proprio nell'intento di perseguire una equità sociale intergenerazionale, mai raggiunta dalle politiche di *welfare* sostenute negli ultimi decenni¹⁶.

Gli strumenti individuati dal legislatore tentano, dunque, di porre al centro del sistema organizzativo, dei servizi sociali e di assistenza, gli enti del terzo settore, allo scopo di sgravare le amministrazioni dai costi connessi alla gestione di tali servizi e di riequilibrare il rapporto tra efficienza amministrativa ed effettività dei diritti sociali. Un modello, dunque, che diventa "espressione di un tentativo di valorizzare l'attività di una pluralità di attori tutti indirizzati alla tutela di un interesse comune"¹⁷.

2.1. *Segue. Gli strumenti di amministrazione condivisa*

Il ricorso al modello dell'amministrazione condivisa per il perseguimento delle finalità sociali ha trovato espresso riconoscimento nell'art.

¹⁵ Cfr. Piano nazionale di ripresa e resilienza, M5C3: Interventi speciali per la coesione territoriale, Investimento 3: interventi socioeducativi strutturati per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno a sostegno del Terzo Settore.

¹⁶ Sulla collaborazione tra amministrazione e parti sociale quale strumento per realizzare obiettivi di giustizia sociale v. G. ARENA, C. IAIONE, *L'età della condivisione: la collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, 2015.

¹⁷ Nella prospettiva del PNRR, poi, volto a ridurre il divario tra il nord e il mezzogiorno, il terzo settore è chiamato a collaborare anche in relazione alla valorizzazione dei beni confiscati alle mafie, affinché sia possibile rafforzare i servizi essenziali e migliorare il territorio in termini di opportunità di lavoro e vivibilità, incentivando quindi le nuove generazioni a restare.

Se ne deduce, pertanto, che tale missione risulta cruciale anche rispetto alla effettiva realizzabilità delle altre perché una piena inclusione sociale è fondamentale per migliorare la coesione territoriale, aiutare la crescita dell'economia e superare disuguaglianze profonde, già accentuate peraltro dalla pandemia.

6 del d. lgs. n. 36/2023¹⁸, rubricato “Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore”, che, al primo comma, riconosce la possibilità in capo alle amministrazioni, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, di ricorrere a modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore. Tale rapporto si fonda sui principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, espressi a livello costituzionale all’art. 118, ultimo comma.

La norma trova la sua ragion d’essere nella pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020 che ha individuato nel modello dell’amministrazione condivisa uno strumento alternativo a quello del profitto e del mercato¹⁹.

La giurisprudenza amministrativa, sul presupposto che la scelta tra i due diversi modelli non sia neutra, evidenzia come sia necessario che le pubbliche amministrazioni motivino adeguatamente la loro scelta, nel rispetto del principio di cui all’art. 3 della legge n. 241/1990: pertanto, qualora l’amministrazione “opti per gli stilemi procedimentali del codice del terzo settore, dai quali sono escluse le imprese *profit*, l’ente pubblico deve indicare i profili di preferenza di tali procedure, nella concreta vicenda, rispetto ad un’ordinaria gara d’appalto”²⁰.

In questa prospettiva si ritiene definitivamente superata l’idea che solo l’azione del sistema pubblico sia intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale, riconoscendo, per contro, che tali attività possono essere perseguite anche da una “autonoma iniziativa dei citta-

¹⁸ Per una approfondita disamina sulla disposizione sia consentito il rinvio a M. INTERLANDI, L. TOMASSI, *L’amministrazione condivisa per l’attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, in Aa. Vv., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, ES, Napoli, 2023.

¹⁹ In commento alla pronuncia v. E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, n.3/2020; v. anche A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021.

²⁰ Cit. T.A.R. Liguria, Sez. I, 3 maggio 2024, n. 310. Nel caso di specie, non appariva percepibile il valore aggiunto del privato sociale, perché i bisogni da soddisfare consistevano nella facilitazione dell’accesso dei sordi e degli ipoudenti ai servizi sociosanitari, scolastici e culturali mediante sistemi innovativi per abbattere le barriere alla comunicazione: si trattava, quindi, di servizi caratterizzati da una determinante componente tecnologica, per cui appariva all’opposto presumibile che un confronto esteso alla generalità degli operatori economici avrebbe accresciuto la qualità dei progetti in lizza.

dini” che risulta fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese²¹.

Rispetto alle finalità sociali, infatti, si ritiene che il contributo dei cittadini, in forma singola e associata, possa ricoprire un ruolo determinante, intervenendo in via sussidiaria nell’esercizio delle funzioni amministrative attribuite ai comuni²². Se è vero, infatti, che gli enti locali appresentano il soggetto più indicato a soddisfare i bisogni della collettività per ragioni di “maggiore prossimità”²³, è altrettanto vero la collettività di “destinazione” degli interventi pubblici può apportare un significativo contributo nella individuazione dei bisogni prevalenti e, conseguentemente, nella erogazione dei servizi²⁴.

In quest’ottica il Codice del Terzo settore, specie all’art. 55, consente alle amministrazioni, nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all’articolo 5, di assicurare il coinvolgimento degli enti no profit attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione ed accreditamento, nel rispetto dei principi della legge n. 241/1990.

In particolare, mentre la co-programmazione è uno strumento di pianificazione partecipata volto all’individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili, la co-progettazione, prevista al comma

²¹ Cfr. Corte Cost. n. 131/2020.

²² Su questi argomenti v. L. GIANI, *Democrazia, partecipazione e procedure decisionali. Spunti di riflessione per una lettura delle dinamiche per la garanzia della effettività dei diritti sociali*, in *Nuove Autonomie*, n. Speciale 1/2025, 49 ss., in cui è messo in evidenza l’importanza dei processi partecipativi ai fini della effettività dei diritti sociali. Secondo l’a., infatti, tali processi rappresentano uno strumento che, se adeguatamente compreso e applicato, può consentire “l’emersione dei bisogni, offre quell’apporto conoscitivo ai processi di governo, di definizione delle politiche pubbliche, di bilanciamento dei diritti, funzionali a implementare, costruire un percorso verso quella che potremmo definire una democrazia intelligente”.

²³ Su questi argomenti v. V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in M. BOMBARDELLI, G. ARENA (a cura di), *L’amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, p. 25; S. TROILO, *I rapporti tra P.A. e cittadini a cinque anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione: una ricognizione sistematica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Amm. it.*, n. 3/2007, 325.

²⁴ Nella visione di M. NIGRO, *Gli enti pubblici con dimensione territoriale definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976, 541, il territorio viene considerato come misura del bisogno amministrativo nella sua concretezza e attualità, e del modo migliore di soddisfarlo, in modo che si stabilisca la dimensione organizzativa tecnicamente più corretta per la prestazione e per il godimento dei servizi stessi (territorio-efficienza).

3, è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2²⁵.

Con riguardo a quest'ultima, occorre segnalare come la giurisprudenza amministrativa abbia censurato la scelta di ricorrere al modello dell'amministrazione condivisa sotto un duplice profilo di contrasto alle disposizioni che ne regolano il procedimento: in primo luogo, in presenza di una qualsiasi forma di arricchimento, anche indiretto, dell'ente del terzo settore, in contrasto con la disposizione di cui all'art. 56 del d.lgs. 117/2017, che consente esclusivamente il rimborso delle spese sostenute e documentate; in secondo luogo, in assenza del coinvolgimento delle organizzazioni del terzo settore in relazione ai singoli aspetti dell'attività che forma oggetto della procedura di co-progettazione²⁶.

3. *La concessione dei beni immobili disponibili e quadro giuridico di riferimento*

Nell'ambito delle azioni volte al perseguimento di utilità sociali assume specifico rilievo il tema della concessione del patrimonio immobiliare²⁷ da parte degli enti comunali agli operatori senza scopo di lucro. Al

²⁵ Da ultimo, il comma 4 dell'art. 55, consente l'attivazione di forme di partenariato per realizzare gli interventi di co-progettazione di cui al precedente comma.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217, in cui il giudice amministrativo osserva come il rispetto della disposizione che consente solo il rimborso delle spese si spiega per la portata derogatoria rispetto alle norme che regolano le ordinarie procedure di affidamento, improntate ad una logica fondata su contratti a prestazioni corrispettive. In particolare, il giudice amministrativo stigmatizza la condotta dell'amministrazione, volta a trasformare l'istituto di cui all'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 in uno strumento di elusione delle regole in materia di contratti pubblici e di produzione di un eventuale danno erariale dovuto all'acquisto a prezzi superiori rispetto a quelli di mercato. Sotto un diverso profilo, il giudice amministrativo evidenzia come "la componente collaborativa e ideativa degli enti del terzo settore" nell'ambito delle procedure di co-progettazione non si inquadrano in una logica di scambio economico, ma costituisca espressione del principio di sussidiarietà orizzontale.

²⁷ Autorevole dottrina identifica il patrimonio immobiliare pubblico come il complesso dei beni immobili che sono in proprietà delle pubbliche amministrazioni e, quindi, sia quei beni destinati alla soddisfazione di interessi pubblici (c.d. «beni di interesse pubblico») sia quelli che non sono rivolti alla cura di tali interessi, cioè i beni del patrimonio disponibile (c.d. «beni posseduti a titolo di proprietà privata»). Cfr. A.M. SANDULLI, *I beni pubblici*, V, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 277 ss.

riguardo, deve essere messo in evidenza che, in base all'ultimo rapporto del Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), il patrimonio immobiliare pubblico appartiene in gran parte alle Amministrazioni locali²⁸.

Da questi presupposti se ne ricava che un'operazione di valorizzazione o di finanza immobiliare che produca un effetto positivo in termini di economia, anche sociale, è possibile solo attraverso il coinvolgimento del sistema delle autonomie facendo rete con tutti i soggetti che possono sostenere l'azione sui territori e, quindi, anche con gli Enti del Terzo settore.

Tale modello, che evidenzia le potenzialità della gestione condivisa del patrimonio immobiliare pubblico, trova un addentellato normativo innanzitutto nella previsione di cui all'art. 71, commi 2 e 3, del d. lgs. n. 117/2017, che consente espressamente alle amministrazioni comunali di concedere in comodato beni mobili ed immobili di loro proprietà agli enti del Terzo settore per lo svolgimento delle loro attività istituzionali. La disposizione prevede due ipotesi di concessione. La prima, indicata all'art. 71, c.2, ammette la concessione di beni non utilizzati per fini istituzionali (e quindi, afferenti al patrimonio disponibile²⁹) a tali enti per lo svolgi-

²⁸ Dalla rilevazione emerge, infatti, che il 74% del valore dei fabbricati pubblici, complessivamente stimato in 297 miliardi di euro, è di proprietà delle Amministrazioni locali e solo il 17% delle Amministrazioni centrali. Deve osservarsi ulteriormente che, molto spesso, i beni di cui le amministrazioni sono titolari versano in uno stato di abbandono, rappresentando un onere non solo in termini di finanza pubblica ma anche in termini di imposizione fiscale. Ulteriori riflessi negativi riguardano poi la possibilità di ricollocarli e, quindi, di alienarli. Si tratta, di fatto, di beni di esiguo valore che necessitano, come tale, di interventi di recupero molto ingenti, gravando in modo evidente sulle casse dello Stato. Su questi argomenti e sulle ragioni che hanno determinato un ingente accumulo di beni pubblici in capo allo Stato v. in particolare G. TORELLI, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, Torino 2019, 7 ss.

Corte costituzionale, sentenza n. 340 del 30 dicembre 2009.

²⁹ Il Codice civile riconosce, in linea generale, due tipologie di beni pubblici: i beni demaniali, di cui agli artt. 822 e 824, che sono inalienabili, e i beni del patrimonio pubblico indisponibile, di cui all'art. 826 c.c., che non possono essere distratti dalla loro destinazione d'uso se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano, secondo quanto recato dall'art. 828, c. 2, c.c. L'introduzione poi di politiche volte alla dismissione dei beni ha reso necessario svincolare i beni da tale classificazione ed è per questo che è stata introdotta la categoria dei beni disponibili che possono essere alienati o dismessi secondo la disciplina della proprietà privata. Secondo E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2023, 186 ss., infatti i beni del patrimonio disponibile sono quei beni appartenenti a enti

mento delle loro attività istituzionali, purché l'ente concessionario effettui sull'immobile, a proprie cura e spese, gli interventi di manutenzione e gli altri interventi necessari a mantenere la funzionalità dell'immobile. La seconda, prescritta all'art. 71, c.3, invece, prevede che rispetto agli immobili per i quali attualmente non è corrisposto alcun canone e che richiedono interventi di restauro è possibile la concessione a canone agevolato purché l'ente: a) svolga attività di interesse generale di cui all'art. 5, comma 1, lett. f), i), k), o z), d. lgs. n. 117/2017 e, quindi, attività inerenti all'ambito dei beni culturali; b) provveda a riqualificare e riconvertire tali beni tramite interventi di recupero, restauro, ristrutturazione a sue spese, anche con l'introduzione di nuove destinazioni d'uso finalizzate allo svolgimento delle attività indicate. Dal canone di concessione vengono detratte le spese sostenute dal concessionario per gli interventi indicati nel primo periodo entro il limite massimo del canone stesso.

Questa seconda ipotesi si configura come modello di partenariato speciale pubblico privato³⁰, dal momento che tale previsione prevede, per l'individuazione del concessionario, l'applicazione delle procedure semplificate recate dall'abrogato articolo 151, comma 3, del d. lgs. n. 50/2016, e che oggi trovano espresso riferimento nell'art. 134, c.2, del d. lgs. n. 36/2023, rubricato "Contratti gratuiti e forme speciali di partenariato".

Tuttavia, anche all'interno di tale ultima disposizione è assente qualsiasi richiamo alle condizioni e ai presupposti giuridici che giustificano sul piano della ragionevolezza la legittimità di tale opzione organizzativa,

pubblici soggetti alla normativa di carattere generale sulla proprietà privata, fatte salve alcune disposizioni in tema di contabilità pubblica (art. 828, c.1, c.c.). Tali beni sono in linea di massima destinati a produrre un reddito secondo le regole dell'economia privata. Su questa classificazione v. anche C. SALVI, *Proprietà e possesso*, 2022, 9 ss.; D. SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon*, n.1/2003.

³⁰ Sul punto in dottrina non vi è unanimità di vedute. N. VETTORI, *Le "forme speciali di partenariato" per la valorizzazione dei beni culturali: la causa di comunione di scopo quale elemento di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2024, ritiene infatti che tale disposizione, seppur espressamente richiami le procedure semplificate indicate all'art. 151, c. 3, del d. lgs. n. 50/2016, non sia ascrivibile al modello del partenariato sociale pubblico privato dal momento che, secondo l'a., sia carente dell'elemento essenziale di tale modello, vale a dire la collaborazione sia nella fase di progettazione che in quella di realizzazione dell'intervento, quali parti attive e co-responsabili seguendo la logica della co-progettazione. Contrariamente a questa interpretazione, S. ANTONIAZZI, *Beni culturali e partenariato pubblico-privato atipico nel Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 8/2024, 16 ss., ritiene che l'art. 71, c.3, del CTS disciplina una ipotesi di partenariato atipico, non diversamente da quello recato all'134 del CCP.

lasciando, così, ai Comuni un ampio margine di discrezionalità nella regolazione dei rapporti con gli Enti del terzo settore, anche con riferimento alla individuazione dei soggetti proponenti.

In particolare, la disposizione da ultimo evocata si limita a dichiarare che le procedure semplificate a cui si fa riferimento sono quelle previste all'articolo 8 del d. lgs. n. 36/2023 o altre rispetto a quelle ivi indicate. Tuttavia, come correttamente osservato³¹, l'articolo richiamato non introduce alcuna procedura, rinviando al principio di autonomia contrattuale secondo cui le amministrazioni possono concludere contratti anche a titolo gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge³².

Senonché la complessità del quadro relativo alla valorizzazione del patrimonio, di cui quello culturale ne è una declinazione, è aggravata

³¹ Secondo G. MANFREDI, *I beni culturali nel terzo codice dei contratti pubblici: continuità, discontinuità, delegificazione*, in *Aedon*, n. 2/2023, la formulazione di tale disposizione sarebbe frutto di un lapsus calami e che, al contrario, il corretto riferimento dovrebbe essere all'articolo 13 del d.lgs. n. 36/2023 il quale, rispetto all'affidamento di contratti a titolo gratuito debbano trovare applicazioni i principi recati dagli artt. 1 (principio di risultato), 2 (principio della fiducia) e 3 (principio dell'accesso al mercato. Contrariamente, sulla stessa rivista, v. N. VETTORI, *Le "forme speciali di partenariato" per la valorizzazione dei beni culturali: op.cit.*, secondo cui l'art. 13 comma 5, e i principi di cui agli artt. 1, 2, e 3 si applicano soltanto rispetto ai contratti da cui il privato possa derivare un vantaggio economico anche indiretto (quindi per i contratti di sponsorizzazione di cui all'art. 134, comma 4, Ccp) ma non necessariamente per i contratti di partenariato speciale se privi di tale carattere. Rispetto al richiamo all'art. 8, invece, l'a. sostiene che attraverso tale rinvio si vuole impedire sostanzialmente che i partenariati speciali siano strumenti con cui si opera un trasferimento di utilità a favore di un privato, ma ciò non esclude che l'amministrazione sia tenuta a investire risorse proprie e, dunque, sopporti un sacrificio economico per sostenere l'operazione negoziale, sempre che in questa si realizzi un determinato assetto di interessi. Diversamente ancora, M. D'ISANTO, *Il partenariato speciale pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, n. 2/2023, ritiene che il rimando all'articolo 8 introduca una importante innovazione: cessa il legame che aveva contraddistinto il partenariato speciale del vecchio art. 151 del Ccp con le sponsorizzazioni culturali e con le procedure semplificate di individuazione del partner privato disciplinate dall'articolo 19 del medesimo Ccp. Contrariamente, il riferimento all'art. 8, in particolare al primo e al terzo comma, fa ricomprendere i partenariati speciali nell'ambito delle procedure previste per i contratti gratuiti, definiti dall'art. 2 dell'Allegato I1 come i contratti in cui l'obbligo di prestazione o i sacrifici economici direttamente previsti nel contratto gravano solo su una o alcune delle parti contraenti.

³² Sull'incertezza interpretativa generata dal richiamo a tale disposizione v. anche L. GILI, *Il partenariato sociale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Impresa sociale*, 16 gennaio 2024, in part. nota 6.

dall'ulteriore riferimento a forme speciali di partenariato con enti del Terzo settore rispetto alle attività indicate all'articolo 5, comma 1, lettere f), i), k) o z), all'art. 89, c. 17, del d.lgs. n. 117/2017. La disposizione si struttura sulla falsa riga dell'art. 71, c.3, salvo il riferimento all'articolo 115 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, secondo cui le attività di valorizzazione dei beni culturali possono essere gestite anche indirettamente tramite concessione a terzi ovvero mediante l'affidamento di appalti pubblici di servizi.

Appare evidente, dunque, che il quadro normativo rispetto alle modalità di gestione e di valorizzazione del patrimonio immobiliare si presenta fortemente disorganico e lacunoso³³, non chiarendo quali sono i presupposti, le condizioni e le procedure mediante le quali concedere i beni agli enti del terzo settore. L'unico presupposto certo sembra essere rappresentato dall'impegno del concessionario a valorizzare e mantenere il bene e in caso di concessione gratuita, l'obbligo di supportare le spese di restauro e di riqualificazione dello stesso.

3.1. *Segue: la regolamentazione comunale in materia di concessioni agli enti del terzo settore*

Alla luce del quadro normativo appena evocato emerge l'assenza di una disciplina chiara, inducendo le amministrazioni a regolare con ampio margine di discrezionalità le ipotesi di concessione dei beni immobili, prevedendo condizioni agevolate a favore dei soggetti che svolgono attività di utilità sociale.

Infatti, i regolamenti comunali per la gestione del patrimonio immobiliare non sembrano conferire particolare rilevanza al profilo dell'utilità sociale, connessa all'utilizzo del bene, ai fini della concessione del bene a condizioni agevolate, o addirittura a titolo gratuito, ritenendo sufficiente che il soggetto concessionario operi senza scopo di lucro.

È il caso, ad esempio, del Comune di Bari, il cui regolamento opera

³³ G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 1/2004, evidenziava già allora, seppur in riferimento ai soli beni culturali, che la normativa recata dal codice dei beni culturali, lasciava fuori altri profili altrettanto rilevanti e determinanti per una politica organica ed efficace dei beni culturali: l'organizzazione e la programmazione. Lo stesso autorevole autore, poi, riconosceva l'importanza del coinvolgimento dei soggetti privati, anche quelli operanti nel campo dell'assenza di lucro, per una gestione più efficace dei beni culturali.

una riduzione del canone a seconda dell'attività svolta dall'ente concessionario: totale per i soggetti operanti nei settori previsti dalle leggi speciali vigenti in materia di tossicodipendenza e di pubblica assistenza; del 70% per i soggetti operanti nell'ambito dei settori di attività e di impegno delle politiche sociali e dei servizi della persona, in campo assistenziale e sanitario, nel campo delle politiche a sostegno della famiglia, delle problematiche femminili, del disagio giovanile e della terza età, degli omosessuali e degli immigrati; del 50% per i settori ricreativo, culturale, sportivo ed ambientale³⁴.

Non diversamente, nel Comune di Milano l'assegnazione di beni immobili pubblici, anche culturali, ad enti senza scopo di lucro con un canone o corrispettivo agevolato non inferiore al 30% del valore di mercato o gratuito dipende dalla attività svolta dall'ente³⁵.

³⁴ Cfr. Comune di Bari, Regolamento utilizzazione beni immobili terreni e fabbricati di proprietà comunale, approvato con Deliberazione del Consiglio Comunale n. 119 del 17/10/2006, successivamente modificato (art. 4) con Deliberazione del Consiglio Comunale n. 89 del 12/12/2014, art. 7. Non diversamente anche il Regolamento per la gestione ed alienazione del patrimonio immobiliare del comune di Latina, approvato con deliberazione di Consiglio comunale n. 40 del 7 maggio 2014 e n. 42 del 19 maggio 2014, all'art. 41, la riduzione del canone in base alla tipologia della attività svolta e i criteri adoperati ai fine della quantificazione della riduzione riguardano: l'ubicazione consistenza dell'immobile; stato di vetustà e conseguente approssimativa quantificazione dell'impegno di manutenzione sia ordinaria sia straordinaria a carico del concessionario o locatario; durata della concessione o locazione: le particolari iniziative progettuali di promozione dell'immobile, ove il concessionario intervenga con finanziamenti propri. Per il comune di Jesolo, invece, il Regolamento di gestione del patrimonio immobiliare comunale, approvato con deliberazione di consiglio comunale n. 77 del 13 luglio 2009 e modificato con deliberazioni di consiglio comunale n. 36 del 15 aprile 2010 e n. 46 del 31 maggio, 2018 ex art. 28, la riduzione del canone dipende dalla categoria di soggetti con cui la concessione si realizza. Ad esempio, per i soggetti operanti senza fini di lucro il valore del canone annuo di concessione è pari al 10% del valore del canone annuo di mercato.

³⁵ Cfr. Comune di Milano, Regolamento di disciplina generale per l'uso degli immobili di proprietà comunale da destinare alla realizzazione di progetti economici, sociali, culturali, sportivi, educativi e formativi e sugli immobili da assegnare in uso ad enti pubblici e a società partecipate interamente dal comune di Milano, dallo stato e/o da altri enti pubblici, approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 87 del 10/11/2022. L'art. 8 rubricato "agevolazioni", prevede anzitutto l'assegnazione a soggetti senza scopo di lucro, con un canone o corrispettivo agevolato non inferiore al 30% del valore di mercato anche correlato allo stato manutentivo degli stessi. Consente, poi, l'applicazione di ulteriori coefficienti di riduzione (cumulabili tra loro) del canone agevolato sopra

Il comune di Palermo distingue l'agevolazione a seconda del bene concesso e a secondo dell'ente coinvolto: per i beni immobili disponibili si potrà usufruire di una agevolazione pari al 40% del valore di mercato del bene se gli Enti operano nel settore assistenziale, socioculturale, religioso ambientale; per gli operatori, invece, del settore ricreativo o sportivo la medesima riduzione è condizionata alla realizzazione di progettualità in favore delle categorie svantaggiate³⁶. I beni immobili provenienti da confisca, invece, sono concessi a titolo gratuito purché le attività ivi svolta sia rivolta alle categorie sociali deboli o volte a combattere il fenomeno mafioso o alla tutela del territorio e dell'ambiente³⁷.

E ancora, il Comune di Como, ai fini della concessione ovvero della locazione a canone agevolato, o a titolo gratuito, impone ai soggetti "assegnatari"³⁸, lo svolgimento di una attività indicata nell'atto regolamentare³⁹ e la presentazione di una istanza in cui rilevano principalmente requisiti formali e organizzativi del soggetto proponente, piuttosto che il conseguimento di una utilità sociale da parte della collettività attraverso l'attività svolta. Ciò è tanto più vero se si considera che l'attività istruttoria preordinata a valutare le richieste di assegnazione a titolo gratuito o a canone

menzionato in ragione di: attività rivolte a soggetti in situazione di fragilità, di ridotta autonomia, persone con disabilità, a rischio di esclusione sociale e di discriminazione (coeff. 15%); dislocazione in aree/quartieri periferici e disagiati (coeff. 5%).

³⁶ Cfr. Comune di Palermo, Regolamento relativo alla gestione e alienazione dei beni immobili di proprietà comunale nonché alla locazione ed acquisto immobili di proprietà privata, art. 8.

³⁷ Cfr. art. 14, in part. Lett. b).

³⁸ L'art 17, c.1, del Regolamento sulla gestione ed alienazione del patrimonio immobiliare del comune di Como, approvato con deliberazione consiliare n. 21 del 30/4/2014, individua quali soggetti legittimati ad accedere a tale regime: gli Enti pubblici; le Associazioni, Fondazioni, Organizzazioni non lucrative di utilità sociale e le altre Istituzioni di carattere pubblico o privato con personalità giuridica acquisita ai sensi dell'art. 12 del Codice Civile, Associazioni non riconosciute, di cui all'art. 36 del Codice Civile che siano dotate di proprio strumento statutario dal quale sia possibile, in modo inequivocabile, desumere l'assenza di finalità lucrative; Altri Enti o soggetti non ricompresi nei punti precedenti, la cui attività sia di particolare interesse per la collettività, in armonia con i principi statuari dell'Ente.

³⁹ L'art. 17, c. 2, indica le seguenti tipologie di attività: a) attività di assistenza sociale e sociosanitaria; b) attività di tutela dell'ambiente e della specie animale; c) attività di protezione civile; d) attività di educazione e formazione; e) attività di tutela – promozione – sviluppo dei diritti umani; f) attività culturali o scientifiche; g) attività promozionali nel campo turistico, ricreativo, sportivo.

agevolato verte principalmente a verificare la conformità delle stesse con i principi statutari dell'Ente e con le norme di suddetto regolamento⁴⁰.

Inoltre, tali regolamenti, anche quando riconoscono rilevanza giuridica alla destinazione del bene all'utilità socialità perseguita⁴¹, nella maggior parte dei casi, non prevedono sistemi di valutazione dell'impatto sociale, c.d. VIS, in base ai quali misurare, sia qualitativamente che quantitativamente, nel breve, medio e lungo periodo, gli effetti delle attività svolte da parte degli Enti del terzo settore sulla comunità di riferimento⁴².

Rispetto a questo profilo, deve osservarsi in questa sede che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con decreto del 23 luglio 2019, ha adottato le Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore in cui sono chiaramente indicati i sistemi e i parametri che tanto le amministrazioni quanto gli Enti del terzo settore devono applicare per misurare l'impatto degli interventi realizzati. Tuttavia, tali indicazioni non hanno ricevuto positivo riscontro. Ciò è dimostrato da diversi fattori.

⁴⁰ Cfr. art. 18.

⁴¹ Cfr. Regolamento per la gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Monte Argentario, approvato con delibera di Consiglio comunale n.115 del 15 dicembre 2023, art. 18, c.5, ove tra i criteri oggettivi in base ai quali quantificare l'agevolazione del canone configura anche il "grado di utilità pubblica, definita anche in riferimento alle aree cittadine coinvolte"; tale espressione è prevista anche nel Regolamento per la gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Pisa, , approvato con delibera di Consiglio comunale n.26 del 21 marzo 2023, all'art. 18; anche nel Regolamento per la gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Comiso, approvato con delibera di Consiglio comunale n. 75 del 14 novembre 2013, all'art. 25, c.2, prevede che la valutazione delle attività svolte, il rilievo sociale delle medesime unitamente alla valutazione dell'opportunità di concedere in concessione gratuita od in comodato una porzione del patrimonio dovranno essere valutate e approvate con singoli provvedimenti di Giunta che ne approva anche il relativo schema di contratto; nel Regolamento sulla gestione del patrimonio immobiliare del comune di Udine avente finalità commerciale, di pubblica utilità – servizio pubblico o sedi associative, all'art. 22, la riduzione del canone è disposta previa attività istruttorie svolta sulla base di diversi criteri, tra i quali assumono rilevanza quelli relativi alla finalità pubbliche e di utilità sociale e all'impatto e ricaduta dell'attività sulla comunità locale.

⁴² Nella legge delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale, l. n. 10/2016, l'art. 7, c.3, definisce la valutazione di impatto sociale come "la valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato".

In primo luogo, una indagine condotta recentemente⁴³, seppur relativa alla procedura di co – progettazione, evidenzia che sono molto pochi ancora gli accordi tra amministrazioni ed enti del terzo settore che contengono riferimenti alla valutazione di impatto sociale; in secondo luogo, ciò è dimostrato anche dal fatto che sono molte poche le regioni⁴⁴ che nelle proprie leggi regionali in materia di amministrazione condivisa, al fine di sostenere l'efficacia dei procedimenti di amministrazione condivisa, ricorrono alla valutazione di impatto sociale.

Tutto ciò sembra evidenziare che allo stato attuale nei modelli previsti delle amministrazioni comunali prevalga ancora l'idea che il valore positivo della collaborazione risieda principalmente, se non esclusivamente, nel lavorare insieme per finalità sociali, senza considerare l'importanza dell'impatto che l'intervento realizzato in collaborazione produca sulla collettività di riferimento⁴⁵.

⁴³ Rapporto Euricse, *Costruire i servizi e gli interventi: la co -progettazione in pratica*, n. 27, 2023,

⁴⁴ Allo stato attuale, la valutazione di impatto sociale è presente nella legge regionale della Regione Umbria, la l.r. n. 2/2023, e nella legge regionale della Regione Emilia-Romagna, n.3/2023. In argomento v. B. BOSCHETTI, *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa*, Es, 2024, 25 ss. Su questi argomenti v. anche P. TOMASIN, *La valutazione d'impatto sociale nella co-progettazione. Uno studio preliminare sulle esperienze avviate in Friuli-Venezia Giulia*, in *Impresa Sociale*, n. 4/2024, secondo cui “la limitata, incompleta e, in parte pure distorta, diffusione della VIS nella co-progettazione viene addebitata dai ricercatori principalmente ad una difficoltà nell'individuazione delle corrette metriche per valutare l'impatto sociale di molti servizi, mentre più in generale nei servizi pubblici – siano essi l'esito di un procedimento di co-progettazione o di una gara d'appalto – il focus valutativo, quando presente, rimane sugli interventi (processi e output) e non sui risultati finali e sul cambiamento generato nella comunità”.

⁴⁵ Rapporto Euricse, p. 33. Sul piano applicativo si è verificato che l'assegnazione del bene avvenuta in questo modo ha determinato che non solo i beni immobili fossero distratti alle finalità alle quali erano stati destinati in origine ma in molti casi è risultata priva del titolo, per mancato rinnovo o mancato pagamento dei canoni di concessione, determinando una situazione di irregolarità che ha portato la Corte dei conti a condannare l'amministrazione per danno erariale. Ad esempio, in una sentenza della Corte dei conti, sez. giur., Campania, sentenza 6 dicembre 2017, n. 426, era emerso che il Comune di Napoli aveva assegnato, con comodato gratuito o con decurtazione del canone sino al 10% del valore di mercato del bene, strutture comunali ad uso non residenziale ad associazioni ed organizzazioni di volontariato, in violazione però dei requisiti imposti dal regolamento comunale per accedere a tale regime agevolato. Detto regolamento, infatti, prevedeva l'obbligo per le associazioni de quibus, una volta iscritte al registro, di depositare annualmente, presso il Comune, una relazione sulle attività svolte, sì da consentire la

E ciò nonostante le Linee guida del 2019 abbiano evidenziato chiaramente che il raggiungimento di una concreta utilità sociale è possibile solo se l'intervento sia inserito in un processo pianificatorio più ampio che, partendo da un'analisi del contesto e dei bisogni da cui sia possibile pianificare gli obiettivi di impatto, consenta la misurazione della attività realizzata, favorendo in questo modo anche la riorganizzazione e la riformulazione delle future strategie di intervento.

4. *Il modello di gestione degli immobili per finalità sociali secondo la giurisprudenza della Corte dei conti*

L'assegnazione degli immobili a condizioni agevolate a favore degli enti del terzo settore è stata oggetto anche di un vivace contenzioso con la Corte dei conti, che ha ritenuto foriere di danno erariale le delibere con cui le amministrazioni locali locavano gli immobili ad un canone inferiore al valore di mercato degli stessi, sul presupposto che il soggetto concessionario svolgesse attività sociale.

In particolare, la Corte dei conti, sia in sede consultiva che giurisdizionale, ha imposto una lettura orientata della tutela delle risorse erariali, ancorata prevalentemente alla patrimonializzazione dell'uso dei beni immobili⁴⁶. Sì che ogni distrazione delle risorse pubbliche disponibili dal

verifica dei presupposti necessari all'iscrizione nei registri e, quindi, all'accesso alle strutture comunali (art. 11). Tuttavia, era ulteriormente emerso che, oltre alla mancata iscrizione nei registri richiesti, non sussistendo alcun canone locatizio convenzionalmente stabilito, le associazioni occupavano i beni sine titulo, senza peraltro provvedere alla manutenzione degli stessi che, in alcuni casi, vertevano in un vero e proprio stato di abbandono. È stato così evidenziato che la gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Napoli era avvenuta in maniera del tutto diseconomica, generando un pregiudizio patrimoniale dal momento che l'amministrazione non aveva provveduto a pianificare un differente utilizzo del cespite immobiliare in esame, anche al fine di evitare, oltre alla mancata messa a reddito dell'immobile, anche lo stato di abbandono ed il conseguente deterioramento e perdita di valore del bene di proprietà comunale. Sicché la locazione a canone agevolato a enti no profit non aveva di fatto generato alcun beneficio in capo alla collettività che potesse, in tal modo, giustificare la rinuncia in capo all'ente comunale alla riscossione del canone locatizio secondo il reale valore di mercato del bene immobile. In riferimento a vicende analoghe cfr. Corte dei conti, sez. giur. Campania, sentenza n. 22/2019; Corte dei conti, sez. I, cent. App., sentenza del 22 aprile 2021 n. 323.

⁴⁶ In questo senso si esprime la Corte dei conti anche nella Relazione sul rendiconto

potenziale bilancio finanziario sarebbe in astratto idonea a configurare un danno erariale, a meno che non sia dimostrabile che tale depauperamento sia compensato dal perseguimento di un vantaggio per la collettività in termini di utilità sociale di valore almeno pari o superiore a quello economico. Tale orientamento si è affermato nel solco delle politiche di valorizzazione dei beni pubblici che hanno delineato un regime normativo, che impone alle amministrazioni di valorizzare i beni, e nei limiti del possibile di prediligere l'utilizzazione economica⁴⁷.

generale dello stato, riferita all'anno 2024, ove assume valore centrale la razionalizzazione, valorizzazione, ottimizzazione e gestione degli immobili. Nel documento, sebbene sembri affacciarsi un timido cenno alla esigenza di contemperare la patrimonializzazione dei beni con obiettivi a supporto di servizi ritenuti necessari per lo sviluppo socio-economico, quali anche quelli di riqualificazione energetica del patrimonio, la prima continua ad assumere comunque natura prevalente. Tale prospettiva trova conferma anche all'interno del Piano strutturale di medio termine, richiamato nella relazione, in cui si osserva che le entrate derivanti dalla prosecuzione del Piano di valorizzazione e dismissione del patrimonio e degli asset pubblici avviato a fine 2023 potranno apportare un significativo contributo al contenimento della dinamica del rapporto debito/PIL. Cfr. Relazione sul rendiconto generale dello Stato, Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 38 ss.

⁴⁷ Com'è noto, i vincoli fiscali imposti a livello europeo dal Patto di stabilità hanno obbligato gli Stati membri a realizzare politiche di spending review volte principalmente ad assicurare la riduzione del debito pubblico e il pareggio di bilancio. All'interno di questo contesto anche la gestione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici è stata orientata in questo senso e ciò è tanto più vero se si considera che il decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, sulla privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, (i cui interventi sono poi stati estesi, attraverso la legge finanziaria del 27 dicembre 2002, n. 289, a tutti i beni pubblici, anche a quelli di proprietà degli enti locali), ha imposto alle amministrazioni di alienare i beni affinché, attraverso la loro vendita, fosse possibile concorrere all'incremento di nuove entrate. Lo stesso si è avuto poi con il decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 che, all'art. 33, ha previsto l'istituzione di uno o più fondi di investimento immobiliari al fine di razionalizzare la spesa pubblica attraverso la dismissione di tali beni pubblici. Tutto ciò, alimentato anche dal federalismo demaniale, ha determinato che i beni pubblici indisponibili, affinché potessero essere alienati, venissero riqualificati come beni pubblici disponibili. Senza entrare nel merito delle singole leggi, è sufficiente rilevare, ai fini della nostra riflessione, che questa normativa ha introdotto nell'assetto istituzionale dei beni pubblici il principio di utilizzazione economica di tali beni, e ciò anche prescindendo dal carattere patrimoniale del bene, come quello destinato alla vendita. Questo principio viene ulteriormente precisato dalla legge n. 136/2001 che prevede progetti per la valorizzazione o l'utilizzazione di determinati beni o complessi immobiliari appartenenti a qualsiasi titolo. Sulla valorizzazione economica del bene v. V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario*

In particolare, la giurisprudenza contabile, attraverso una interpretazione molto rigorosa del concetto di valorizzazione economica del patrimonio immobiliare, ha configurato un'ipotesi di responsabilità per danno erariale nei confronti delle amministrazioni locali che avevano dato in concessione ad enti no profit beni immobili, a condizioni economiche vantaggiose o a titolo gratuito, per lo svolgimento di attività sociali⁴⁸.

Più specificamente, secondo tale indirizzo, i beni afferenti al patrimonio disponibile realizzano l'interesse pubblico unicamente in via strumentale o indiretta, ossia per il tramite dei redditi ricavati dal relativo sfruttamento economico mediante i quali si concorre al finanziamento della spesa pubblica. Il conferimento a terzi di beni facenti parte del patrimonio disponibile per mezzo dello strumento giuridico del comodato, sicché, non si identifica come una modalità tipica di valorizzazione patrimoniale, contrariamente al contratto attivo di locazione. Di conseguenza, la scelta di ricorrere al "comodato, gratuito o agevolato, rappresenterebbe, laddove non sia giustificato il perseguimento di un interesse equivalente o superiore a quello economico, un'evidente fonte di depauperamento del bilancio pubblico, in ragione della deminutio patrimoniale conseguente al mancato introito di utilità non tributarie sotto forma di canoni locatizi o altri corrispettivi"⁴⁹.

Come si è visto, quindi, i giudici ammettono una deroga al principio di redditività sotteso alla gestione del patrimonio immobiliare pubblico, nei soli casi in cui l'utilità sociale conseguita dall'ente locale sia in grado di compensare il mancato sfruttamento a titolo oneroso del bene immobile concesso in comodato gratuito o agevolato⁵⁰. Tuttavia, trattandosi di una scelta derogatoria è necessario, come suggerisce la giurisprudenza contabile, che le amministrazioni pubbliche si dotino di un modello che, innanzitutto, dia conto delle ragioni poste a fondamento della destinazione ad uso sociale dell'immobile⁵¹.

Aipda 2003, 24 ss., che richiama diverse esperienze di gestioni economiche fortemente produttive, quali ad esempio l'utilizzazione dei beni a scopo di spettacolo e di intrattenimento, per lo svolgimento di attività di ristorazione o commercio.

⁴⁸ Cfr. Corte dei conti, sez. giur., Campania, sentenza 6 dicembre 2017, n. 426; Corte dei conti, sez. giur. Campania, sentenza n. 22/2019; Corte dei conti, sez. I, cent. App., sentenza del 22 aprile 2021 n. 323.

⁴⁹ Cfr. Corte dei conti Marche, sez. contr, parere del 16 dicembre 2024, n. 161.

⁵⁰ Cfr. Corte dei conti, sez. contr. Molise, parere del 31 gennaio 2017, n. 12.

⁵¹ Cfr. Corte dei conti, sez. contr. Molise, parere del 17 dicembre 2024, n. 161.

Ciò troverebbe conferma anche nel fatto che gli enti pubblici (specie gli enti comunali) non sono preordinati al raggiungimento di interessi esclusivamente economici ma, più in generale, rientra nella loro competenza assicurare la promozione e la cura in senso ampio degli interessi della comunità amministrata⁵².

Pertanto, l'erogazione di vantaggi ed attribuzioni patrimoniali ad Enti del Terzo settore sono ammessi purché questi siano finalizzati allo svolgimento di servizi pubblici o, comunque, di interesse per la collettività insediata sul territorio sul quale insiste il Comune.

In ogni caso, la scelta di ricorrere a tale modello derogatorio richiede un preciso onere motivazionale attraverso il quale le amministrazioni diano adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotta ad optare per tale diverso strumento e, di conseguenza, che giustifichi la compatibilità finanziaria dell'intera operazione alla luce della situazione economico-contabile dell'ente⁵³.

Alla luce di tali orientamenti, quindi, sembra consolidarsi un modello di gestione dei beni immobili, destinato a vincolare le amministrazioni locali, fondato su una norma processuale, qual è l'art. 1 comma 1 bis della l. 20/1994, secondo cui “nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità”.

⁵² Sicché, in questo caso il danno erariale derivante dal minor introito del corrispettivo che sarebbe spettato all'ente locale proprietario se gli immobili in questione fossero stati concessi a titolo oneroso, verrebbe compensato dal vantaggio conseguito dalla collettività attraverso la fruizione delle attività sociali svolte dal concessionario. Cfr. Corte dei conti, Sez. controllo Veneto, del. n. 716/2012/PAR cit., che richiama il precedente della Sez. controllo Lombardia n. 349/2011/PAR); Corte dei conti, sez. contr., Lombardia, parere del 4 dicembre 2024 n. 251; Corte dei conti Marche, sez. contr., parere del 16 dicembre 2024, n. 161.

⁵³ In assenza di tale conformità, l'attribuzione non troverebbe alcuna giustificazione ed esporrebbe l'amministrazione al rischio di una condanna per responsabilità erariale. Cfr. Corte dei conti, sezione controllo, Piemonte, parere del. n. 40/2023; Corte dei conti, sez. contr., Lombardia, parere del 4 dicembre 2024 n. 251.

4.1. *Segue: il censimento dei beni pubblici e la pianificazione sociale come atti presupposti per una corretta valorizzazione del patrimonio immobiliare*

Le indicazioni emerse dagli orientamenti della Corte dei Conti sembrerebbero evidenziare che la tutela delle risorse erariali a cui sono tenuti gli amministratori pubblici esige che la decisione sulla concessione dell'immobile al privato sociale sia saldamente ancorata a due presupposti, tra loro connessi: quello di destinare il bene al perseguimento di utilità sociali, che, a sua volta, presuppone la predeterminazione delle finalità sociali che si intendono perseguire nel contesto territoriale in cui si trova il bene.

In altri termini, le ragioni di imparzialità, efficienza e buon andamento, come interpretate ed applicate dalla Corte dei Conti, inducono a ritenere che la decisione sulla destinazione d'uso dell'immobile per finalità sociale dovrebbe essere frutto di un procedimento volto a verificare la sussistenza di una utilità sociale che legittimi la scelta amministrativa, che precede quello preordinato alla scelta dell'impresa sociale che si vuole coinvolgere nella realizzazione di suddetto interesse pubblico⁵⁴.

In altri termini, gli enti pubblici, prima di ricorrere, ad esempio, all'istituto del comodato ex art. 71, del Codice del Terzo settore, dovrebbero svolgere un'adeguata analisi di mercato finalizzata a conoscere le potenzialità economiche e reddituali del singolo bene ricompreso nel proprio patrimonio disponibile.

Questa istruttoria, infatti, è volta ad acquisire gli elementi utili a comparare i vantaggi economici che deriverebbero da eventuali contratti a titolo oneroso con le finalità pubblicistiche che sin intendono realizzare mediante la concessione in comodato, quale misura di sostegno a organizzazioni del Terzo settore. Ne consegue, poi, l'obbligo di motivare la

⁵⁴ Rispetto a questi profili, seppur in riferimento al coinvolgimento della sola popolazione, v. A. SIMONATI, *Per la gestione "partecipata" dei beni comuni: una proceduralizzazione di seconda generazione?*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Trento, 2016, 113 ss., in cui è sostenuto che la collaborazione tra istituzioni e popolazione deve essere preordinata anzitutto alla valutazione e alla graduazione degli interessi e degli obiettivi condivisi. Ciò presuppone ulteriormente che le parti in collaborazione identifichino anche i beni comuni necessari alla realizzazione dei futuri interventi, individuando i criteri alla luce dei quali la gestione delle risorse comuni si deve svolgere. Se ne ricava allora che la popolazione deve essere coinvolta nelle scelte strategiche che, secondo l'a., richiederebbero un'attività di programmazione pluriennale, condivisa con le autorità locali di riferimento, sulla base di un consenso quanto più ampio possibile.

compatibilità finanziaria della decisione di destinazione d'uso rispetto ai profili economico-contabili dell'ente.

Al riguardo, gli orientamenti giurisprudenziali in merito alla legittimità delle concessioni dei beni pubblici per finalità sociali agli enti del terzo settore insistono specificamente sull'obbligo che l'ente pubblico titolare del bene debba "effettuare una necessaria ricognizione sui propri beni, valutando se risultino funzionali alle attività istituzionali degli ETS, tenendo in considerazione gli obiettivi sociali e le esigenze di tali enti, nonché i costi connessi all'utilizzo dei beni individuati, alle tipologie di attività da svolgere ed alle specifiche categorie di soggetti beneficiari degli interventi e delle azioni di tali organizzazioni"⁵⁵.

Ciò sembrerebbe confermare l'opportunità di dotarsi di uno strumento di pianificazione sociale, che evidenzi, localizzandoli, i bisogni della collettività, sulla base del quale programmare, in base alle priorità di intervento stabilite dall'amministrazione, le iniziative da realizzare⁵⁶. In questo modo le amministrazioni si doterebbero di parametri trasparenti e oggettivi a cui ancorare la istruttoria, più volte evocata dalla giurisprudenza contabile, sulla opportunità di utilizzare, vincolandone la destinazione, uno o più beni immobili disponibili, optando per la concessione degli stessi al privato sociale.

Quanto alla individuazione del soggetto, lo schema organizzativo appena richiamato presuppone che la selezione dell'ente operi, nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza, sulla base della idoneità del progetto proposto a realizzare l'iniziativa individuata dalla amministrazione, attraverso la pianificazione sociale.

Seguendo questo modello, quindi, l'utilità sociale dell'attività svolta dal TS diventa un aspetto che può essere misurato (e quantificato) in termini di vantaggio per la comunità locale.

In sostanza, in base al modello delineato dalla giurisprudenza conta-

⁵⁵ Corte dei conti Marche, sez. contr, parere del 16 dicembre 2024, n. 161.

⁵⁶ L. GIANI, *Democrazia, partecipazione e procedure decisionali*, op. cit., 55 ss., riconosce che l'effettività dei diritti sociali passi principalmente attraverso la previsione di un modello organizzativo e di programmazione che sia anzitutto elastico, che sappia in questo modo adattarsi alle esigenze e alle priorità della comunità interessata. Sulla base di questi presupposti, quindi, l'a. riconosce che il percorso verso l'effettività richiede, non l'assolvimento di una prestazione proiettata su uno schema ideale già acquisito, ma piuttosto una programmazione ampia, capace di legare l'effettivo godimento dei diritti diritto fondamentali alla prestazione resa dall'organizzazione pubblica, anche in virtù del contributo offerto dal privato sociale.

bile, occorrerebbe prima verificare quali siano gli interventi sociali che si intendono realizzare, poi valutare la funzionalità del bene all'attuazione di tali interventi, e, solo dopo aver assolto queste fasi, procedere alla scelta del soggetto, valutando con procedure comparative, imparziali e trasparenti, il progetto di intervento più idoneo alle esigenze espressa dall'amministrazione.

Fermo restando, però, che la collaborazione del Terzo Settore ben potrebbe inserirsi già nella fase di programmazione degli interventi, stimolando così il privato sociale ad organizzarsi e ad operare allineandosi alle effettive esigenze delle comunità a cui sono destinati i servizi e le utilità sociali offerti.

Ciò implica, quindi, che il profilo che impronta ai canoni di imparzialità e buon andamento la decisione di dare in concessione un bene immobile ad un Ente del Terzo Settore è la funzionalizzazione del bene allo svolgimento di finalità sociali.

In quest'ottica, assume specifico rilievo l'attività di censimento del patrimonio immobiliare per verificarne il reale valore economico, assolvendo all'obbligo imposto dalla previsione di cui all' art. 2, c. 222, l. n. 191/2009, secondo cui le amministrazioni sono tenute annualmente a riferire all'Agenzia del Demanio i beni immobili di cui dispongono.

Tuttavia, i dati in possesso dal Dipartimento del Tesoro, interno al Ministero dell'Economia, pubblicati nel 2021 con riferimento all'anno 2018, ci indicano che, seppur vi sia stato un notevole incremento di comunicazioni nel corso degli anni, non tutte le amministrazioni assolvono tale obbligo e che, peraltro, quelle adempienti talvolta forniscono dati non sempre corretti o completi⁵⁷. Con la conseguenza, quindi, che è

⁵⁷ Cfr. Rapporto sui beni immobili delle amministrazioni pubbliche (dati anno 2018), Dipartimento del Tesoro, Ministero Economia e Finanza, 2021. Il censimento è stato condotto ogni anno a partire dal 2011 (dati riferiti al 31/12/2010), attraverso l'applicativo Immobili del Portale Tesoro, con riferimento ai beni immobili pubblici – fabbricati e terreni – detenuti, a qualunque titolo, dalle amministrazioni al 31 dicembre dell'anno precedente. La banca dati del DT, sebbene risenta ancora di mancate comunicazioni e di dichiarazioni non sempre corrette da parte delle Amministrazioni rispondenti, rappresenta, per numerosità e livello di dettaglio delle informazioni, un importante strumento di conoscenza, non solo per indagare, da diverse angolazioni, le caratteristiche del patrimonio immobiliare pubblico, ma anche per orientare le scelte del decisore politico e rendere possibili un più efficiente utilizzo degli immobili pubblici e una maggiore incisività dei relativi processi di valorizzazione. A chiusura della rilevazione per l'anno 2018, hanno effettuato la comunicazione dei dati 9.074 Amministrazioni, in

difficile stabilire l'esatto ammontare dei beni di cui le singole amministrazioni sono titolari e individuare quali destinare al patrimonio disponibile da cui selezionare poi i beni più funzionali a soddisfare gli interessi della collettività⁵⁸.

Seppur nella difficoltà delle amministrazioni di conoscere il loro patrimonio pubblico complessivo (di beni indisponibili e disponibili) di cui sono titolari, ai fini della nostra indagine una soluzione parziale può essere rappresentata dal piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari, di cui all'articolo 58 del D.l. n. 112/2008⁵⁹, allegato al bilancio di previsione. Tale piano identifica i beni immobili non strumentali all'esercizio delle funzioni istituzionali, e quindi classificabili come patrimonio disponibile, consentendone la dismissione o valorizzazione⁶⁰.

Posto che l'identificazione di un bene come non strumentale all'attività istituzionale è il presupposto per consentirne la concessione secondo

aumento rispetto alle 8.674 Amministrazioni rispondenti per il censimento precedente. L'incremento è stato determinato dalla maggiore partecipazione dei comuni, in particolare di quelli più piccoli, e delle Amministrazioni rientranti nella tipologia residuale Altre Amministrazioni locali. Il tasso di adempimento si è attestato all'83 per cento.

⁵⁸ Sulla difficoltà delle amministrazioni di conoscere l'ammontare del proprio patrimonio immobiliare v. S. SCREPANTI, *La dismissione e la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Gior. Dir. Amm.*, n.12/2012; M. OLIVI, *Beni pubblici tra privatizzazioni e riscoperta dei beni comuni*, in *Amministrazione in Cammino*, 18 maggio 2014.

⁵⁹ La disposizione prevede che per procedere al riordino, gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di Regioni, Province, Comuni e altri Enti locali, nonché di società o Enti a totale partecipazione dei predetti enti, ciascuno di essi, con delibera dell'organo di Governo individua, redigendo apposito elenco, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso i propri archivi e uffici, i singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dismissione. Viene così redatto il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione nel quale, previa intesa, sono inseriti immobili di proprietà dello Stato individuati dal Ministero dell'economia e delle finanze-Agenzia del demanio tra quelli che insistono nel relativo territorio.

⁶⁰ In argomento v. L. GIANI, *Valorizzazione, alienazione e razionalizzazione del patrimonio edilizio pubblico*, in *Tecne*, n. 3/2012, 40 ss., che riconosce l'importanza della previsione di un "momento conoscitivo del patrimonio allo scopo di individuare, già in sede di prefattibilità, dei possibili interventi tendenti ad una 'ri-funionalizzazione' dell'insieme di immobili interessati dal programma rispetto ai quali i tradizionali strumenti gestionali quali le concessioni d'uso, le locazioni, o quelli di nuova introduzione quali le «concessioni di valorizzazione» entrano in scena in un momento successivo rispetto all'atto di programmazione operando, per tale via, una separazione tra proprietà, che rimane pubblica, e gestione del patrimonio che viene affidata ex lege a un ente pubblico (economico)".

quanto disposto ex art. 71, c.2, del Codice del terzo settore, si ritiene che il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari possa rappresentare uno strumento adeguato a cui ancorare il modello gestorio che qui si discute.

Sebbene anche tale piano sia stato previsto principalmente per consentire alle amministrazioni una ricognizione sugli immobili ai fine della vendita, da cui trarne un profitto economico⁶¹, ponendoci da un differente angolo visuale, la ricognizione dei beni rientranti nel patrimonio disponibile può consentire alle amministrazioni di individuare anche il bene che sia maggiormente funzionale allo svolgimento di una attività con utilità sociale⁶².

Ciò vuol dire, quindi, che tale pianificazione è strumentale, non solo alla valorizzazione del bene in un'ottica della sua dismissione ma anche rispetto al diverso fine del riutilizzo del bene per attività sociali da parte del privato sociale. Ciò in quanto, attraverso tale classificazione è possibile conoscere il valore di mercato e lo stato in cui versa il bene (da cui far dipendere poi gli interventi di manutenzione e gestione in capo all'ente concessionario) nonché la sua collocazione, consentendo alla amministrazione anche di pianificare la distribuzione degli interventi sociali sulla base di un criterio di copertura territoriale⁶³.

⁶¹ È questa, del resto, l'interpretazione che la Corte costituzionale, poco dopo l'entrata in vigore della legge, ha fornito al riguardo. Nella sentenza n. 340/2009, infatti, la formazione degli elenchi in questione, sulla base di valutazioni demandate agli enti medesimi, ha lo scopo di favorire su tutto il territorio nazionale l'individuazione di immobili suscettibili di «valorizzazione ovvero di dismissione», nella prospettiva di permettere il reperimento di ulteriori risorse economiche e quindi di ottenere l'incremento delle entrate locali.

⁶² B. M. BELLE', *Promesse e fallimenti nella valorizzazione degli immobili pubblici*, in *Scienze Regionali*, n. 3/2017, osserva che non sempre il patrimonio immobiliare è idoneo a soddisfare condizioni principalmente economiche, attraverso la sua dismissione, rendendo perciò necessario ripensare gli strumenti e i metodi utilizzati, in favore di nuove forme di valorizzazione. In questo senso assumono sempre più rilievo tutti quegli interventi attivati "dal basso" e che non rispondono direttamente a logiche politiche o economiche, ma si basano su necessità e bisogni sociali, mossi soprattutto dalla consapevolezza di una "ritirata temporanea" delle amministrazioni locali. In questo quadro, allora, tutti quegli immobili che non trovano spazio all'interno del mercato immobiliare possono incrociare una soluzione alternativa grazie all'intervento della cittadinanza e dell'amministrazione, offrendo diverse attività e possibilità di sviluppo locale *social-driven*.

⁶³ In riferimento agli esiti di questa diversa valorizzazione del patrimonio immobiliare, promosso "dal basso" v., in particolare, l'indagine condotta da A. MANGIALARDO, E. MICELLI, *Processi partecipati per la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico: il ruolo*

5. *La co-programmazione per la individuazione delle aree di intervento tra pianificazione e indicatori sociali*

Tuttavia, al fine di garantire un processo decisionale conforme ai canoni di ragionevolezza, imparzialità e buon andamento, è necessario, come si è detto, che la destinazione del patrimonio immobiliare per finalità sociali sia avvalorata alla preventiva individuazione degli interventi necessari a soddisfare i bisogni della comunità locale.

In quest'ottica un possibile strumento di valutazione per perseguire tale risultato è quello della pianificazione dei bisogni sociali, che l'amministrazione potrebbe condividere con i privati, specie quando si tratta di enti del terzo settore che, per la loro natura, svolgono attività di interesse generale (art. 5 del d.lgs. 117/2017), tra le quali rientrano quelle a scopo sociale.

D'altra parte, se è vero che il legislatore individua nel Comune l'amministrazione pubblica cui spetta il compito di curare gli interessi e promuovere lo sviluppo della comunità che rappresentano (art. 3 comma 2 del d.lgs. 267/2000), è altresì vero che la previsione di cui all'art. 55 del d.lgs. 117/2017, che costituisce attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4 Cost., mostra la consapevolezza del legislatore che la concertazione con gli enti del terzo settore possa risultare utile alle amministrazioni pubbliche per la mappatura dei bisogni della comunità locale⁶⁴ e, di conseguenza, per la pianificazione sociale⁶⁵.

del capitale sociale e delle politiche pubbliche, in *LaborEst*, n. 14/2017, in cui emerge che la trasformazione del patrimonio immobiliare pubblico in contenitori di attività che generano valore per la cittadinanza e per le autorità locali ha permesso di recuperare un gran numero di immobili pubblici dismessi dove spesso i tradizionali strumenti di valorizzazione adottati non hanno dato l'esito sperato

⁶⁴ Sul punto, si consideri nuovamente la sentenza n. 131/2020, secondo cui gli enti del terzo settore “spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della società del bisogno”. Per un autorevole commento alla sentenza v. G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, p. 1439 ss.

⁶⁵ Cfr. G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, in *Rivista impresa sociale*, n. 3/2020, p. 96 ss., in cui si evidenzia la circolarità dell'amministrazione condivisa:

In quest'ottica, il procedimento volto alla funzionalizzazione di un bene immobile alle finalità sociali potrebbe utilmente avvalersi del piano sociale di zona⁶⁶, disciplinato all'art. 19 della l. n.328/2000⁶⁷, che defini-

infatti, secondo l'Autore “attraverso la co-programmazione le amministrazioni favoriscono gli enti del terzo settore nello svolgimento delle loro attività di interesse generale; ma a sua volta il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore è vantaggioso per le amministrazioni. In sostanza l'art. 55, applicando il principio di sussidiarietà nel punto di incontro fra polo degli interessi pubblici e polo dell'interesse generale crea una circolarità di rapporti, di esperienze, di competenze ed una condivisione di responsabilità che sono vantaggiose per entrambi i poli”. Negli stessi termini, si consideri anche quanto il contenuto d.m. n. 72/2021 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che ha emanato le Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, secondo cui “la co-programmazione dovrebbe generare un arricchimento della lettura dei bisogni, anche in modo integrato, rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa degli enti, agevolando – in fase attuativa – la continuità del rapporto di collaborazione sussidiaria, come tale produttiva di integrazione di attività, risorse, anche immateriali, qualificazione della spesa e, da ultimo, costruzione di politiche pubbliche condivise e potenzialmente effettive, oltre alla produzione di clima di fiducia reciproco”.

⁶⁶ Sul punto, si v. lo studio di S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel codice del terzo settore*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore: confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019, p. 97 ss.

⁶⁷ L'art. 19, rubricato “piano di zona” dispone che: 1. I comuni associati, negli ambiti territoriali di cui all'articolo 8, comma 3, lettera a), a tutela dei diritti della popolazione, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, provvedono, nell'ambito delle risorse disponibili, ai sensi dell'articolo 4, per gli interventi sociali e socio-sanitari, secondo le indicazioni del piano regionale di cui all'articolo 18, comma 6, a definire il piano di zona, che individua: a) gli obiettivi strategici e le priorità di intervento nonché gli strumenti e i mezzi per la relativa realizzazione; b) le modalità organizzative dei servizi, le risorse finanziarie, strutturali e professionali, i requisiti di qualità in relazione alle disposizioni regionali adottate ai sensi dell'articolo 8, comma 3, lettera h); c) le forme di rilevazione dei dati nell'ambito del sistema informativo di cui all'articolo 21; d) le modalità per garantire l'integrazione tra servizi e prestazioni; e) le modalità per realizzare il coordinamento con gli organi periferici delle amministrazioni statali, con particolare riferimento all'amministrazione penitenziaria e della giustizia; f) le modalità per la collaborazione dei servizi territoriali con i soggetti operanti nell'ambito della solidarietà sociale a livello locale e con le altre risorse della comunità; g) le forme di concertazione con l'azienda unità sanitaria locale e con i soggetti di cui all'articolo 1, comma 4. 2. Il piano di zona, di norma adottato attraverso accordo di programma, ai sensi dell'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, è volto a: a) favorire la formazione di sistemi locali di intervento fondati su servizi e prestazioni complementari e flessibili, stimolando in particolare le risorse locali di solidarietà e di auto-aiuto, nonché a responsabilizzare i cittadini nella programmazione e nella verifica dei servizi; b) qualificare la

sce, tra i molteplici profili, gli ambiti prioritari di intervento, le modalità organizzative dei servizi, le modalità di cooperazione tra i vari soggetti, pubblici e privati che operano nel territorio e le modalità per garantire l'integrazione tra servizi e prestazioni⁶⁸.

Tale strumento di programmazione, che opera a livello distrettuale (e, quindi, non comunale), consente di individuare sulla base delle esigenze di benessere sociale e sanitario del territorio i servizi e le prestazioni necessarie. Sebbene la disposizione menzioni il coinvolgimento delle sole aziende unità sanitarie locali, è interessante osservare che nelle realtà in cui l'amministrazione condivisa ha da tempo trovato un suo sistematico spazio, il piano sociale di zona è redatto anche con la partecipazione dei soggetti operanti nel terzo settore. È il caso, ad esempio, del Piano sociale di Zona del Distretto di Napoli, ove per il piano relativo al triennio 2022-

spesa, attivando risorse, anche finanziarie, derivate dalle forme di concertazione di cui al comma 1, lettera g); c) definire criteri di ripartizione della spesa a carico di ciascun comune, delle aziende unità sanitarie locali e degli altri soggetti firmatari dell'accordo, prevedendo anche risorse vincolate per il raggiungimento di particolari obiettivi; d) prevedere iniziative di formazione e di aggiornamento degli operatori finalizzate a realizzare progetti di sviluppo dei servizi. 3. All'accordo di programma di cui al comma 2, per assicurare l'adeguato coordinamento delle risorse umane e finanziarie, partecipano i soggetti pubblici di cui al comma 1 nonché i soggetti di cui all'articolo 1, comma 4, e all'articolo 10, che attraverso l'accreditamento o specifiche forme di concertazione concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano.

⁶⁸ Cfr. G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, in *Rivista impresa sociale*, n. 3/2020, p. 96 ss., in cui si evidenzia la circolarità dell'amministrazione condivisa: infatti, secondo l'Autore "attraverso la co-programmazione le amministrazioni favoriscono gli enti del terzo settore nello svolgimento delle loro attività di interesse generale; ma a sua volta il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore è vantaggioso per le amministrazioni. In sostanza l'art. 55, applicando il principio di sussidiarietà nel punto di incontro fra polo degli interessi pubblici e polo dell'interesse generale crea una circolarità di rapporti, di esperienze, di competenze ed una condivisione di responsabilità che sono vantaggiose per entrambi i poli". Negli stessi termini, si consideri anche quanto il contenuto d.m. n. 72/2021 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che ha emanato le Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, secondo cui "la co-programmazione dovrebbe generare un arricchimento della lettura dei bisogni, anche in modo integrato, rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa degli enti, agevolando – in fase attuativa – la continuità del rapporto di collaborazione sussidiaria, come tale produttiva di integrazione di attività, risorse, anche immateriali, qualificazione della spesa e, da ultimo, costruzione di politiche pubbliche condivise e potenzialmente effettive, oltre alla produzione di clima di fiducia reciproco".

2024 il Comune ha avviato un processo di programmazione partecipata con gli Enti del Terzo settore al fine di individuare i bisogni da soddisfare e gli interventi necessari. Allo stesso modo, anche il Comune di Bologna ha redatto il Piano sociale di zona relativo al triennio 2018-2020⁶⁹ con la collaborazione di un Ente del Terzo settore⁷⁰.

Il piano sociale di zona, quindi, rappresenta un prezioso strumento di co programmazione dal momento che esso è preordinato, sulla base dei bisogni e delle fragilità emerse, a individuare le prestazioni da erogare secondo un ordine prioritario di intervento. Tale strumento, quindi, potrebbe offrire all'amministrazione elementi utili anche ai fini della eventuale valutazione della destinazione dei beni immobili che ricadono in un determinato contesto territoriale ad utilità sociali⁷¹. Detto in altri termini, il coordinamento del piano delle alienazioni con il piano sociale di zona può consentire all'amministrazione non solo di rilevare quale sia il bene più aderente alla attività da svolgere ma anche di sapere, tra i servizi da erogare, quali siano quelli con una maggiore priorità di realizzazione.

⁶⁹ L'atto pianificatorio redatto dal comune di Bologna rappresenta poi un modello particolarmente virtuoso perché sul piano metodologico è stato dapprima definito il quadro sociodemografico della popolazione, il quadro socioeconomico dei redditi e del mercato del lavoro e lo stato di salute della popolazione, e solo dopo sono state censite le fragilità del territorio. Nello specifico, il documento inquadra il livello di fragilità dei quartieri, suddivisi per zone, con riferimento a tre dimensioni: la fragilità demografica, sociale ed economica a cui si aggiunge la mappatura della fragilità sanitaria redatta dall'Azienda sanitaria locale. Ciò ha consentito, nella seconda parte del documento, di prevedere gli interventi da realizzare, anche con l'ausilio degli Enti del terzo settore, secondo un ordine prioritario e tenendo conto delle risorse disponibili secondo quanto disposto dal preventivo finanziario anno 2018 del Piano di Zona. Non da ultimo, per valutare gli effetti della pianificazione degli interventi, all'interno del documento è prevista la costituzione di un sistema di monitoraggio e valutazione delle azioni realizzate nell'arco del triennio di vigenza del Piano. A ben vedere, questo modello di programmazione copre tutte le fasi di gestione degli interventi e che vanno dalla loro pianificazione, passando per la loro realizzazione, sino a valutarne gli effetti.

⁷⁰ Alla stesura del Piano ha partecipato, infatti, la Società Cooperativa Iress.

⁷¹ In questa prospettiva v. anche M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni, op. cit.*, 3 che evidenzia l'esigenza di un cambio di prospettiva, partendo proprio dai bisogni essenziali delle persone e dalle utilità prodotte dai beni attraverso cui questi possono essere soddisfatti. L'a. ritiene che occorra "superare la logica della semplice attribuzione individuale delle cose e dei benefici derivanti dal loro consumo e assumere invece quella della fruizione comune delle risorse e della redistribuzione in modo inclusivo delle utilità da esse garantite".

5.1. *Segue. La possibile rilevanza giuridica degli indicatori di benessere equo e sostenibile nel ciclo di programmazione sociale*

Sotto altro profilo, un ulteriore strumento di valutazione del fabbisogno sociale nelle diverse aree territoriali del Comune, potrebbe essere il rapporto sul Benessere equo e sostenibile (Bes) predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (Istat), in cui sono presenti indicatori di tipo economico, sociale ed ambientale. Allo stato attuale, tale documento – introdotto in Italia in via sperimentale con la legge 163/2016⁷² di riforma del bilancio dello Stato – è principalmente finalizzato ad ancorare l'attività di programmazione delle risorse pubbliche.

La utilizzazione degli indicatori di benessere equo e sostenibile consente, in questo modo, di funzionalizzare la programmazione delle risorse pubbliche ad obiettivi di benessere sociale, predeterminando, così, gli standard di valutazione delle azioni delle pubbliche amministrazioni.

In altri termini, una programmazione delle risorse non coerente con il fabbisogno rilevato dagli indicatori del BES, potrebbe essere valutato come presupposto di una possibile responsabilità dell'amministrazione, sia sotto il profilo del danno erariale da disservizio⁷³, sia sotto il profilo di possibili class action pubbliche, finalizzate ad ottenere il rispetto degli standard di qualità dei servizi pubblici, essenziali all'effettività dei diritti fondamentali, spesso compromessa proprio a causa della carenza di risorse.

In questa prospettiva, non può escludersi, inoltre, che tali indicatori potranno assumere, nel tempo, una specifica rilevanza giuridica, sotto il profilo della esigibilità di prestazioni sociali, connesse alla effettività di diritti fondamentali⁷⁴, anche in un'ottica di giustizia sociale⁷⁵.

⁷² L. n. 163/2016 recante “modifiche alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, concernenti il contenuto della legge di bilancio, in attuazione dell'articolo 15 della legge 24 dicembre 2021, n. 243”.

⁷³ Su questi profili sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, op.cit., nonché, più di recente, M. NUNZIATA, *Azione amministrativa e danno da disservizio. Un'analisi della giurisprudenza*, Torino 2018.

⁷⁴ Si pensi, ad esempio, al caso della alunna con disabilità, che ha portato la Corte europea a condannare l'Italia, per averla privata di un servizio essenziale, in ragione di una presunta carenza di risorse. In tal caso, la mancata allocazione di risorse per il reclutamento dei docenti di sostegno potrebbe dare adito ad azioni risarcitorie oppure, ove ne ricorrano i requisiti, ad azioni collettive per l'efficienza pubblica, di cui all'art. 4, d.lgs. n. 198/2009. Cfr. Corte Edu, *G.L. vs Italy*.

⁷⁵ In questa prospettiva, v., T. HONORÈ, *Giustizia sociale*, in M. RICCIARDI (a cura di),

Ai nostri fini, il rapporto sul benessere equo e sostenibile è elaborato non solo in relazione al territorio nazionale ma anche in riferimento alle comunità locali attraverso il Bes dei territori (BesT). Ebbene, l'utilizzo di tale strumento in un contesto di pianificazione sociale dell'amministrazione comunale potrebbe favorire lo sviluppo di politiche pubbliche fondate sui dati, secondo obiettivi di crescita sostenibile e in un'ottica di benessere della comunità territoriale.

L'utilizzo di tali indicatori in una fase di pianificazione sociale, combinato con la partecipazione degli enti del terzo settore, sarebbe uno strumento ulteriore mediante il quale individuare l'utilità sociale a cui destinare il patrimonio immobiliare di cui dispone l'ente.

5.2. *Segue: Le modalità di coinvolgimento del Terzo settore nelle fasi di pianificazione ed attuazione degli interventi*

Una volta delineato il processo di destinazione d'uso del bene immobile disponibile per finalità sociali, occorre soffermarsi sugli strumenti di coinvolgimento degli enti del TS.

Al riguardo, come si è visto, la partecipazione degli Enti del terzo settore può realizzarsi attraverso due diversi momenti, quello della pianificazione degli interventi e quello della fase di attuazione.

Rispetto al primo momento, assume nuovamente rilievo l'art. 55 del d.lgs. 117/2017, in particolare il comma 2, che prevede come il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore debba avvenire nel rispetto dei principi della l. 241/1990. È stato evidenziato come il riferimento alla legge generale sul procedimento amministrativo abbia ad oggetto i principi che orientano l'attività amministrativa: tale indirizzo trova espressa conferma, come si è avuto modo di vedere, nell'art. 6 del d.lgs. 36/2023 che esclude dal campo di applicazione del Codice dei contratti pubblici⁷⁶

L'ideale di giustizia, da John Rawls a oggi, Milano 2010, 192, il quale sintetizza il tema della giustizia sociale nell'idea che "tutti i membri della stessa comunità hanno una pretesa a partecipare ai vantaggi che generalmente si desiderano e che contribuiscono al benessere in modo tale da assicurare a ciascuno una quota eguale dei vantaggi complessivi. Per vantaggi intendo qualsiasi cosa di cui c'è bisogno (vita, salute, cibo, casa, vestiti, istruzione, arte, spazio, svago, prendere parte a processi decisionali) per una vita piena compatibilmente con le circostanze e le risorse [...]".

⁷⁶ Come si è avuto modo di osservare, la giurisprudenza amministrativa individua la linea di confine tra l'applicazione della disciplina normativa relativa al codice dei contratti

gli istituti dell'amministrazione condivisa previsti al titolo VII dal Codice del terzo settore e nell'art. 12 del d.lgs. 36/2023 che, per quanto non previsto dal testo normativo, rinvia alla l. n. 241/1990.

Sulla questione risulta, inoltre, molto significativo l'apporto del d.m. 72/2021 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che ha emanato le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, fornendo un prezioso contributo sulle procedure da adottare⁷⁷.

All'interno di suddette linee guida, la pianificazione condivisa, identificandosi in un procedimento amministrativo ex lege n. 241/1990, risulta essere sottoposta alle regole che lo caratterizzano: ne deriva che la pianificazione si articola nella fase dell'iniziativa, che potrà avvenire su impulso dell'amministrazione pubblica ovvero su istanza degli enti interessati; nella nomina di un responsabile del procedimento; nella pubblicazione di un avviso pubblico volto a selezionare i soggetti interessati; nello svolgimento dell'attività istruttoria; infine, nella conclusione del procedimento, la cui determinazione finale resta affidata all'amministrazione, in modo da garantirne l'autonomia nell'attività di sintesi dei diversi interessi acquisiti nel corso dell'istruttoria partecipata⁷⁸.

Sicché, una volta che, in sede di pianificazione sociale siano stati individuati gli interventi da realizzare, gli Enti del Terzo settore potranno essere coinvolti anche nella successiva fase di attuazione degli stessi,

pubblici e quella che regola il codice del terzo settore nella mancanza di qualsiasi forma di remunerazione in capo all'ente del terzo settore per l'attività di rilevanza sociale da questi svolta. In particolare, il giudice amministrativo evidenzia come "le procedure contemplate dal d.lgs. n. 117/2017 non rientrano nel fuoco del codice dei contratti quando l'organismo del terzo settore svolga il servizio in forma gratuita, trattandosi, in tal caso, di un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato e, quindi, radicalmente estraneo alle regole competitive di matrice euro-unitaria" Si v. nuovamente T.A.R. Liguria, Sez. I, 3 maggio 2024, n. 310.

⁷⁷ Per un'esauritiva analisi v. D. CALDIROLA, *Il terzo settore nello stato sociale in trasformazione*, Napoli, 2021, p. 209 ss.

⁷⁸ Per la redazione del Piano sociale di Zona relativo al triennio 2022-2024, il Comune di Napoli è ricorso all'istituto della co-programmazione di cui all'art. 55 del d.lgs. 117/2017 con enti del terzo settore selezionati in seguito allo svolgimento di una procedura avviata con un avviso pubblico. Tra l'altro, la partecipazione degli enti del terzo settore all'attività di pianificazione sociale risulta disciplinata all'interno del Regolamento del 2008 in materia di rapporti con il terzo settore e di affidamento dei servizi in ambito sociale. Tuttavia, nonostante il coinvolgimento, il Piano sociale approvato non presenta riferimenti ai risultati della concertazione avvenuta.

secondo il modello espresso dall'art. 71 del Codice del terzo settore e, quindi, attraverso la concessione dei beni pubblici a tali enti.

Dal momento che anche la concessione si declina come ulteriore strumento del modello dell'amministrazione condivisa, giacché l'intervento dell'Ente no profit è finalizzato a conseguire una utilità sociale non diversa da quella ottenuta attraverso l'adozione di uno degli strumenti di cui al titolo VII del CTS, è possibile estendere gli approdi a cui la Corte dei conti è giunta in materia di amministrazione condivisa, intesa *strictu sensu*, anche ai rapporti disciplinati dall'art. 71 del d.lgs. n. 117/2017.

Pertanto, è possibile ritenere che anche l'affidamento dei beni in concessione agli Enti del terzo settore possa avvenire attraverso regole differenti da quelle concorrenziali, disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, il d. lgs. n. 36/2023.

Su questi profili, la giurisprudenza contabile⁷⁹, in ottemperanza all'orientamento sancito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131/2020, in più occasioni è intervenuta sulla possibilità di disporre la concessione diretta di un bene immobile da parte di un'amministrazione a un Ente del Terzo settore.

I giudici, avviando le proprie considerazioni sulla base dell'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023, hanno confermato, in riferimento all'affidamento dei servizi sociali, l'introduzione di un doppio sistema fondato su due modelli organizzativi alternativi, uno nel rispetto del principio di concorrenza e l'altro basato sulla solidarietà e sussidiarietà orizzontale⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. *ex multis* Corte dei conti, sez. contr. Campania, parere del 21 dicembre 2016, n. 357. Sul punto, si v. anche Corte dei conti, sez. contr. Puglia, parere del 21 luglio 2022, n. 106.

⁸⁰ Su questi argomenti v. L. GORI, *Linee guida sul rapporto tra pubblica amministrazione ed Enti del Terzo Settore*, forumterzosettore.it, 1° aprile 2021, che evidenzia come atto l'art 55 del Codice del terzo settore sia soggetto ad una "morsa interpretativa – apparentemente irrisolvibile – concernente il rapporto fra Codice del Terzo Settore e Codice dei contratti pubblici". V. anche A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n.21/2021, 126, secondo cui l'ordinamento italiano ha normato un settore, quello relativo alla disciplina dell'organizzazione dei servizi sociali che è espressamente indicato dal Considerando n. 114 della Direttiva 2014/24/UE e che, al suo interno, deferisce alla discrezionalità legislativa dello Stato membro, il quale tuttavia dovrà assicurare parità di trattamento ai soggetti che collaborano alla realizzazione delle finalità proprie del sistema pubblico. Da ciò ne consegue, pertanto, che anche il Codice del Terzo settore costituisce una peculiare forma di attuazione, nell'ordinamento italiano, della disciplina europea. Diversamente A.

Come tale, quindi, il combinato disposto dell'art. 71, commi 2 e 3, del Codice del Terzo settore e dell'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023, non obbliga l'ente pubblico, ai fini della concessione in comodato agli ETS, ad esperire procedure ad evidenza pubblica di natura competitiva⁸¹, risultando sufficiente l'attivazione di procedure ispirate ai principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza secondo quanto disposto ai sensi della l. n. 241/1990⁸².

Si tratta, quindi, di preferire l'attivazione di procedure comparative piuttosto che competitive⁸³, al cui interno siano predeterminati a monte i criteri e le modalità di scelta dei soggetti destinatari, secondo quanto disposto dall'art. 12 della l. n. 241/1990 ove è statuito che l'attribuzione di vantaggi economici deve essere subornata a parametri certi⁸⁴.

ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Ist. Fed.* n. 3/2022, 648, secondo cui il rapporto fra p.a. ed ETS delineato dal d.lgs. n. 117/2017 configura un modello diverso da quello concorrenziale, con esso non confliggente.

⁸¹ Cfr. Corte dei conti, sez. contr., Marche, parere del 16 dicembre 2024 n. 161. In questo senso v. M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni*, op. cit., 26 secondo cui l'allocazione e la distribuzione delle utilità dei beni comuni non possono avvenire come se questi fossero merci, sulla base dei meccanismi di competizione e di esclusione che sono tipici del mercato. Al contrario, esse richiedono di adottare metodi di fruizione diversi, idonei a favorire, da un lato, la giusta redistribuzione dei vantaggi che da essi possono derivare e, dall'altro, la compatibilità delle loro diverse potenziali destinazioni d'uso.

⁸² Tuttavia, deve essere osservato in questa sede, che anche rispetto a questi profili, i Comuni che già dispongono di un proprio regolamento relativo alla assegnazione dei beni immobili pubblici agli Enti del Terzo Settore prevedono procedure differenti, determinando una evidente assenza di uniformità. Nel regolamento del comune di Napoli, ad esempio, la concessione in comodato d'uso di un bene pubblico ad un Ente del Terzo settore può avvenire attraverso l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica; il Comune di Roma, diversamente, consente l'assegnazione attraverso la presentazione da parte dell'Ente del terzo settore di una istanza di parte a cui, solo dopo, fa seguito la pubblicazione di un avviso pubblico contenente gli elementi essenziali della concessione; il Comune di Bologna, invece, conferisce il bene attraverso diverse procedure negoziate.

⁸³ Cfr. Corte dei conti, sez. giuris. Molise, sent. del 16 dicembre 2019, n. 53 in cui si evidenzia la necessità per la pubblica amministrazione di adottare una procedura selettiva di natura comparativa, definita "confronto concorrenziale *latu sensu* inteso".

⁸⁴ Corte conti, Sez. II centr. app., 27 aprile 2020, n. 83; Corte conti, da Sez. III centr. app., 29 settembre 2021, n. 410, secondo cui "la norma da un lato assicura il rispetto dei principi di buon andamento e trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione consentendo alla collettività di conoscere modalità e criteri di elargizione delle pubbliche risorse e, dall'altro, assicura l'imparzialità dell'azione pubblica in ordine alla equiparazione e comparazione degli aspiranti beneficiari".

Tra i vantaggi economici è da escludere la possibilità per il soggetto concessionario di destinare il bene ad attività di rilevanza economica e da cui, quindi, l'ente ne possa trarre un profitto economico. In questo ambito, perciò il vantaggio economico per l'ente del terzo settore consisterebbe “nell'utilizzo a ‘costo zero’ del bene, con evidente risparmio, apprezzabile economicamente, del canone medio per l'acquisizione di un bene analogo rivolgendosi al mercato”⁸⁵.

La gratuità, infatti, è l'elemento principale che consente l'attivazione di una procedura comparativa; diversamente, laddove l'attività svolta generasse il conseguimento di un profitto, determinando così il venir meno dello spirito collaborativo e solidale che connota il modello dell'amministrazione condivisa, allora sarebbe da preferire l'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica, come peraltro ampiamente chiarito dal giudice amministrativo⁸⁶. Secondo quest'ultimo, infatti, gli Enti del Terzo settore che operano in regime di amministrazione condivisa posso ricevere dall'amministrazione solo il rimborso delle spese sostenute, purché non forfetarie e debitamente documentate⁸⁷.

6. *Riflessioni conclusive. Dalla pianificazione dei bisogni sociali alla pianificazione della rigenerazione urbana: la compatibilità di un modello di gestione degli immobili disponibili fondato sul valore economico del bene rispetto alla doverosità della funzione rigenerativa e al ruolo strategico della collaborazione pubblico-privata*

Come si è visto il modello di gestione del patrimonio immobiliare disponibile delineato dalla Corte dei conti impone alle amministrazioni la massima valorizzazione economica dei beni, optando per una diversa destinazione solo a fronte del perseguimento di ulteriori e prevalenti interessi pubblici. In base a questo modello, inoltre, la corretta gestione finanziaria si realizzerebbe in concreto se l'amministrazione, attraverso un'ampia e articolata istruttoria, sia in grado di motivare, sotto il profilo dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, che il vantaggio conseguito dalla collettività sia almeno pari se non superiore al profitto economico al quale si rinuncia, sottraendo il bene al mercato.

Tuttavia, la tenuta di questo modello, che le amministrazioni non

⁸⁵ Cfr. Corte dei conti, sez. contr., Marche, parere del 16 dicembre 2024 n. 161.

⁸⁶ Su questi argomenti cfr. Consiglio Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217; Consiglio di Stato, sez. V, del 25 maggio 2024 n. 4540; Consiglio di Stato, sez. V, n. 6232 del 7 settembre 2021; Tar Milano, sez. I, n. 593 del 3 aprile 2020.

⁸⁷ Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 26 maggio 2023, nn. 5217 e 5218.

hanno ancora recepito, come emerge dalle pronunce di condanna o dalla richiesta di pareri in tale ambito, sia perché, come si è detto, manca un quadro normativo di riferimento che recepisca le indicazioni giurisprudenziali, offrendo alle amministrazioni parametri certi a cui ancorare l'esercizio imparziale della discrezionalità, sia perché presuppone un'attività di pianificazione e di programmazione che negli anni non è stata svolta, dovrebbe essere verificata alla luce della doverosità degli interventi di rigenerazione urbana imposta dalla recente modifica dell'art. 9 della Costituzione⁸⁸.

Infatti, com'è noto, la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, ha novellato l'articolo, inserendo al suo interno uno specifico riferimento all'ambiente (e agli animali), in una dimensione che guarda anche al futuro, laddove è indicato che tale diritto sia tutelato anche nell'interesse delle generazioni future. Tale ultimo riferimento, ad avviso di chi scrive, suggerisce alle amministrazioni la prospettiva da seguire nell'adozione delle politiche e degli indirizzi in materia. Guardando alle generazioni future, infatti, l'orientamento tracciato è quello di conservare i beni in uno stato non peggiore⁸⁹, ma anzi, se possibile valorizzato rispetto a quello di origine, affinché anche le prossime generazioni possano goderne⁹⁰.

Su questi profili, inoltre, è intervenuta anche la Corte costituzionale che non solo ha inquadrato il territorio come luogo “capace di esprimere

⁸⁸ Sulla novella recata alla disposizione v. in particolare F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Dir. Ec.*, n.1/2022.

⁸⁹ Sulla (mancata) conservazione dei beni è celebre il contributo di G. HARDIN, *Tragedy of commons in Science*, Vol. 162, 1968, ove si evidenzia che la “fruizione incondizionata del bene a causa di comportamenti scriteriati e sregolati (nel senso letterale dei termini, ossia privi di criteri e di regole) da parte dei singoli conduca – inesorabilmente – alla “eliminazione”.

⁹⁰ Si esprimeva così già P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, op. cit., 6, il quale osserva che “l'uomo, essendo dotato di ragione e di libero arbitrio, ed essendo collocato al vertice della “comunità biotica” ha anche una “responsabilità” verso di essa, responsabilità che gli impone, non solo di fruire in modo corretto dei beni naturali e culturali, ma anche di provvedere alla loro conservazione e tutela, per la presente e le future generazioni”. In questi termini v. anche S. VILLAMENA, *Note in tema di beni comuni e partecipazione*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Trento, 2016, 150, che riconosce l'esigenza di assicurare la consumazione e lo sfruttamento delle risorse non solo da parte delle generazioni presenti ma va garantito anche alle generazioni future “il proprio spazio vitale”.

una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale”⁹¹ ma ha anche riconosciuto che una “pianificazione del territorio non è funzionale solo all’interesse all’ordinato sviluppo edilizio del territorio, ma è rivolta anche alla realizzazione temperata di una pluralità di differenti interessi pubblici, incidenti sul medesimo territorio, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti”⁹².

Sicché, la conservazione dei beni evoca necessariamente il paradigma della rigenerazione urbana che condensa al suo interno molteplici declinazioni che si traducono, in particolare ma non esclusivamente, nella esigenza di limitare il consumo del suolo⁹³ attraverso il riuso e la riqualificazione di beni e spazi già esistenti, concorrendo così, in una prospettiva animata dai principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale⁹⁴, ad elevare il benessere della collettività.

Emerge allora che la conservazione dei beni, anche in termini di riutilizzo, costituisce un valore strumentale alla realizzazione di politiche di coesione e giustizia sociale, non diversamente da quanto avviene attraverso la valorizzazione del patrimonio immobiliare disponibile utilizzato per finalità sociali.

In questa prospettiva, quindi, il conferimento del patrimonio immo-

⁹¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 16 luglio 2019, n. 179. Sul ruolo rinnovato della città sia consentito il rinvio a M. INTERLANDI, *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell’era della “ripresa” e della “resilienza”: verso nuovi assetti istituzionali?*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n.1/2021, 160 ss., ove si sostiene che le città si identificano quali centri di riferimento, nella configurazione di un nuovo modello di benessere sociale, che si sviluppa sulla base delle specifiche esigenze della comunità che la abitano. Ciò giustifica la sperimentazione sempre più frequente di nuovi modelli di partecipazione tra istituzioni e portatori di interessi in cui la relazione con il territorio si fonda sulla condivisione e sulla co-gestione.

⁹² Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 51/2025 e similmente anche n. 142/2024, n. 119/2024, n. 19/2023, n. 229/2022 e n. 219/2021.

⁹³ In particolare, su questo argomento v. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Risparmio del suolo e turismo naturalistico: spunti di riflessione sullo sviluppo sostenibile nella perequazione urbanistica*, in *Ambientediritto.it*, 2021, n. 1; G.F. CARTEI, *Il suolo tra tutela e consumo*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, n. 4; L. DE LUCIA, *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in G. DE GIORGI CEZZI e P.L. PORTALURI (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Firenze, 2016; W. GASPARRI, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2016, n. 1.

⁹⁴ In argomento v. G.A. PRIMERANO, *Consumo di suolo e matrici della rigenerazione*, in *Riv. Giur. Amb.*, n.2/2023, 531 ss.

biliare agli Enti del terzo settore, tanto nel caso della concessione ex art. 71 del Codice del Terzo Settore, quanto nel caso del partenariato sociale ex art. 134 del Codice dei Contratti Pubblici, risponderebbe pienamente a tale paradigma, posto che l'attività dell'ente concessionario sarebbe rivolta non solo al riuso, al recupero e alla riqualificazione di beni e spazi già esistenti, ma anche a dare risposta alle esigenze e ai bisogni che la collettività esprime⁹⁵. Ne deriva allora, che la valorizzazione del patrimonio immobiliare di cui le amministrazioni sono titolari ben si colloca come ulteriore strumento di governo del territorio orientato allo sviluppo sostenibile e alla rigenerazione urbana, trovando in questo archetipo un ulteriore elemento che induce a riconsiderare il modello individuato dalla Corte dei conti, fondato sulla patrimonializzazione dei beni immobili disponibili.

Ciò in quanto, la legge costituzionale n. 1/2022, oltre a sancire la tutela dell'ambiente, nell'interesse delle generazioni future, ha contestualmente modificato l'articolo 41 della Costituzione, ponendo un limite all'iniziativa economica privata, anche quando sia necessario preservare la salute, l'ambiente, la sicurezza, la libertà e la dignità umana⁹⁶.

Sicché, la lettura combinata degli artt. 9 e 41 della Costituzione⁹⁷ ci consente di sostenere che la funzione sociale sembra ricevere oggi una rinnovata centralità, nei termini in cui essa consente alle amministrazioni

⁹⁵ G. DELLA CANANEA, *I beni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 263 ss., identifica la destinazione del bene con la strumentalità dello stesso a soddisfare le esigenze della collettività.

⁹⁶ L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, 196 ss., mette in evidenza che in realtà la riforma costituzionale positivizza un principio ormai consolidato nel nostro ordinamento, osservando proprio che "il bilanciamento tra l'iniziativa economica proclamata libera (in nome della cultura dello sviluppo della persona e dei suoi diritti anche in campo economico) e le limitazioni all'attività produttiva (in nome di una pluralità di interessi e valori primari della persona -libertà, sicurezza, dignità -ovvero diritti/doveri -lavoro e occupazione -o ancora le restrizioni imposte da standard più elevati di protezione della salute e dell'ambiente) è del resto ormai radicato nell'interpretazione dell'art. 41 e dei limiti all'iniziativa economica privata ivi previsti". Su questi argomenti v. anche M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n.1/2022.

⁹⁷ Sulla riforma costituzionale che ha interessato gli articoli 9 e 41 cost. v. F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada*, 2022; M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021.

di operare un nuovo bilanciamento degli interessi coinvolti, adattandolo alle esigenze attuali di riqualificazione degli spazi già esistenti per restituire alla collettività un ambiente complessivamente migliorato.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte, quindi, sembra emergere l'idea che il modello che si è delineato sulla base degli orientamenti dalla Corte dei conti non può rappresentare più un paradigma prevalente nella gestione del patrimonio immobiliare disponibile. Infatti, come si è visto, la rilevanza costituzionale assunta dalla funzione rigenerativa⁹⁸ conforma la gestione del patrimonio immobiliare al paradigma della sostenibilità ambientale, anche nell'interesse delle generazioni future. Con la conseguenza che le amministrazioni dovranno ricorrere a modelli organizzativi nuovi, anche avvalendosi del contributo del Terzo settore, per garantire alla collettività utilità concrete, in termini di servizi e di sviluppo sociale⁹⁹.

⁹⁸ E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017, 15 ss., riflette sull'affermazione di una nuova funzione amministrativa di rigenerazione e riuso dei beni pubblici, la cui finalità generale è rappresentata nel "rinnovamento dei beni comuni nell'ottica di un miglioramento della qualità della vita nella città". L'assolvimento di tale funzione, nella prospettiva di raggiungere la finalità appena indicata, richiede l'apporto della c.d., sussidiarietà creativa, secondo cui ai fini della individuazione degli interventi di rigenerazione urbana è essenziale il coinvolgimento dei privati. Questi, infatti, secondo l'autore, non partecipano al solo fine di manifestare il loro consenso rispetto a interventi individuati dalla sola amministrazione ma, piuttosto, il loro coinvolgimento è funzionale a "raccolgere idee, oltre che a rafforzare la loro funzione politica, a metterli in condizione di essere soggetti attivi nella riorganizzazione dei modi di risoluzione dei problemi collettivi".

⁹⁹ Rispetto a questi profili M. CALABRÒ, *Participatory urban regeneration models: the inclusive dimension of sustainability*, in *Nuove Autonomie*, n. 1-2/2024, 17 ss., osserva che le azioni di rigenerazione urbana vengono realizzate attraverso processi decisionali ampiamente condivisi, sebbene formalmente gestiti da un'autorità pubblica. Il raggiungimento di tali azioni è essenzialmente dovuto al fatto che obiettivi e modalità operative vengono individuati congiuntamente dai decisori pubblici e dai cittadini, in un contesto di un processo continuo di partecipazione e identificazione dei bisogni, attraverso un dialogo costante tra diverse competenze, da cui possono emergere soluzioni che ciascuna delle singole competenze non sarebbe in grado di raggiungere da sola. Secondo l'a., un ulteriore aspetto significativo di questi modelli di partecipazione è quello di creare un dialogo multilaterale tra gli interessi presenti sul territorio: un dialogo a più voci attraverso il quale ogni abitante ascolta anche le richieste degli altri consente di giungere a decisioni che rappresentino una vera sintesi dei bisogni del territorio, una sintesi certamente più complessa, ma forse destinata a essere ancora più efficace.

Abstract

Il contributo approfondisce il tema della gestione del patrimonio immobiliare disponibile per finalità sociali da parte degli enti del terzo settore. Muovendo dalla giurisprudenza della Corte dei conti, che ha delineato un modello di gestione di tali beni orientato principalmente a produrre reddito, si riflette sulla possibilità di configurare un diverso modello organizzativo che valorizzi il coinvolgimento degli enti del terzo settore nella prospettiva dell'amministrazione condivisa per il perseguimento delle finalità sociali, tenendo conto sia dei vincoli relativi alla scelta sulla destinazione d'uso dell'immobile sia di quelli relativi alla scelta del soggetto concessionario.

The management of real estate assets for social purposes
by third sector organisations

The contribution delves into the topic of management of real estate assets available for social purposes by third sector bodies. Starting from the case law of the Court of Auditors, in which a model of management of these assets oriented mainly towards producing income was outlined, we reflect on the possibility of outlining a different organizational model that enhances the involvement of third sector bodies in the perspective of shared administration for the pursuit of social purposes, taking into account both the constraints relating to the choice on the intended use of the property and those relating to the choice of the concessionaire.

Il principio del risultato come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale nella procedura di dialogo competitivo

di Fortunato Gambardella

SOMMARIO: 1. Principio del risultato ed esercizio della discrezionalità amministrativa: l'interesse per il dialogo competitivo. – 2. Il principio del risultato tra flessibilità e discrezionalità procedimentale. – 3. Principio del risultato e procedure dialogiche: la buona negoziazione come condizione per raggiungere il risultato. – 4. Il dialogo competitivo: spazi di confronto e spazi di discrezionalità. – 5. Risultato, regola del caso concreto ed oggetto dell'appalto: alla ricerca dei parametri per l'esercizio della discrezionalità nella configurazione procedimentale del dialogo competitivo.

1. *Principio del risultato ed esercizio della discrezionalità amministrativa: l'interesse per il dialogo competitivo*

Il tema dei principi generali della contrattualistica pubblica, nel breve volgere di due anni dall'introduzione degli stessi in apertura del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36), è diventato un classico della letteratura amministrativistica. Si è ragionato molto sulla portata innovativa degli stessi, sulla relativa connotazione quali petizioni di svolgimento di canoni costituzionali¹, sui contenuti prescrittivi ad essi associati, sulle relative interferenze e sui possibili reciproci condizionamenti².

¹ A. SANDULLI, *Imparzialità e buon andamento tra principio del risultato e rapporto politica-amministrazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2024, 4, 1139; M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *www.federalismi.it*, 2024, 9, 206; G. TROPEA, *I principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in F. ASTONE, V. BERLINGÒ, F. MANGANARO, F. SAITTA (a cura di), *Liber amicorum per Aldo Tigano*, Napoli, 2024, 468; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Art. 1. Principio del risultato*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Pisa, 2024, 8.

² Per un inquadramento di tutto il repertorio dei principi introduttivi della nuova disciplina di contrattualistica pubblica, si rinvia a due recenti lavori monografici di carattere collettaneo: 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; R.

Alcuni di essi, cui il Codice ha restituito la peculiare caratura di criteri per l'interpretazione e applicazione delle disposizioni codicistiche, sono stati poi oggetto di attenzione particolare. Il riferimento è, ovviamente, ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato che, per quanto non trovino nel Codice un tessuto definitorio del tutto chiaro, proprio per la rilevanza ermeneutica che viene loro assegnata, giocheranno un ruolo determinante nello sviluppo delle prassi attuative della recente disciplina e nella costruzione di nuovi parametri di legittimità dell'amministrazione dei contratti pubblici, specie laddove la stessa comporti l'esercizio di margini di discrezionalità³.

Peraltro, il rapporto tra i super-principi e l'esercizio delle prerogative discrezionali è ricavabile, sul piano generale e per tutti e tre i principi, dall'articolo 4, secondo il quale le disposizioni del Codice "si interpretano e si applicano" in base ai riferiti principi e molte norme del Codice impongono scelte discrezionali dell'amministrazione. Con riguardo però al principio del risultato, abbiamo un indice normativo ulteriore di ordine testuale, posto che il quarto comma dell'articolo 1 evidenzia che "il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto"⁴.

URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024. Circa la natura di questi principi, G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2023, 3, 5. Per una disamina analitica: M. RENNA, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36)*, a cura di S. FANTINI e H. SIMONETTI, in *Foro italiano*, Gli speciali, 2023, 1.

³ Rileva M.R. SPASIANO, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato alla prova del correttivo*, 2025, 10, 201-202, come questi principi "condizionano l'impianto codicistico in tutti i suoi contesti applicativi, ogni qual volta siano individuabili spazi di esercizio di discrezionalità. Come a dire: tra due o più possibili interpretazioni, quella volta ad agevolare il conseguimento del risultato, quella che si fonda sul patto di fiducia tra le parti, quella che è in grado di garantire maggiore apertura al mercato, dovrà prevalere". Il tema dell'impatto del richiamato principio sull'esercizio della discrezionalità è puntualmente approfondito da F. FRACCHIA, *Il principio del risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 13., che restituisce al canone il ruolo di "stella polare" della disciplina, quale interesse pubblico di carattere primario. P. MARZARO, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del Consiglio di Stato per un 'nuovo paradigma' di amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 3, 450, definisce "sistema 'ad albero', i principi nel loro insieme e i primi due in particolare" e sottolinea che gli stessi "costituiscono l'espressione di una vera e propria volontà del legislatore di 'liberare la discrezionalità', in vista dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa".

⁴ Sul carattere prioritario del principio del risultato rispetto agli altri principi cui

In questo contributo si cercherà allora di porre l'attenzione sull'attitudine del principio del risultato a condizionare le scelte discrezionali dell'amministrazione rispetto all'esercizio di una serie di facoltà che il dettato normativo riconosce alla pubblica amministrazione ai fini della costruzione dell'impianto di gara. Si concentrerà, in particolare, l'attenzione sul dialogo competitivo, quale sistema di scelta del contraente a connotazione negoziale, per la cui conduzione la stazione appaltante è tenuta, dall'impianto normativo, ad operare una pluralità di scelte discrezionali, finalizzate a predisporre le condizioni per una proficua negoziazione tra

il codice riconosce valenza ermeneutica, F. SAIITA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziasieme.it, 2023. In senso critico, A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, 144. L'ordinazione gerarchica dei principi è analiticamente sostenuta da L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 1, 69: "la graduazione dell'interesse pubblico è compiuta direttamente dalla legge nella dinamica di funzionamento dei principi che il Codice detta. Il vero rilievo del principio, quindi, non interviene sul versante interpretativo delle norme (nel quale si atteggerà come proprio dei principi, sia pure con le specificazioni che si sono proposte), ma quanto alla valutazione discrezionale, quanto all'esercizio effettivo del potere. In questi termini, è più che ovvio che l'amministrazione opererà comunque un bilanciamento – tra il principio realizzativo e gli altri, prioritari o meno prioritari. Per questo ha motivo definire discrezionale la valutazione dell'amministrazione. Tuttavia, quella valutazione è interamente attratta al diritto, sottratta al merito, perché è la legge a graduare gli interessi in modo chiaro, sicché la valutazione che se ne farà è regolata dal diritto ed è ripetibile innanzi al giudice, che non può sottrarsi al suo dovere costituzionale di giudicare". Sul tema, A. GIUSTI, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2024, 557, sottolinea che "l'indicazione da parte del legislatore dell'ordine di priorità nell'individuazione della regola del caso concreto non è del resto una novità nel panorama della normativa di settore: il riferimento è all'art. 3-*quater* del codice dell'ambiente, nella parte in cui, in relazione all'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile anche da parte delle amministrazioni, stabilisce che "nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità" siano oggetto di "prioritaria considerazione" gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale. L'operazione, sul fronte dei contratti pubblici, non appare molto dissimile: nel bilanciamento degli interessi che caratterizza l'attività discrezionale ve ne sono alcuni (l'ambiente nell'art. 3-*ter* del d.lgs. 152/2006; il contratto, nel d.lgs. 36/2023) che devono essere presi in prioritaria considerazione affinché l'azione amministrativa possa essere realmente efficace ed efficiente rispetto al parametro legale di riferimento". Sulla "funzionalizzazione della discrezionalità amministrativa al conseguimento di specifici risultati di interesse pubblico" già alla luce del Codice dei contratti pubblici del 2016, G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato*, in www.federalismi.it, 2024, 14, 241.

parte pubblica e parte privata quale presupposto per la tutela dell'interesse pubblico connesso all'acquisizione della commessa⁵.

L'intenzione è quella di verificare se le ampie maglie del principio del risultato, nella loro funzionalizzazione alla selezione della regola del caso concreto, restituiscano all'amministrazione strumenti per l'esercizio legittimo⁶ dei margini di discrezionalità che saranno passati in rassegna.

⁵ M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessione sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 5-6, 991.

⁶ Si veda S. PERONGINI, B. MEROLA, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e società*, 2022, 3, 560, laddove si sottolinea come, in conseguenza dell'introduzione del principio del risultato in apertura della nuova normativa: "si apriranno verosimilmente scenari insospettati, che condurranno a una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità, per lo meno per quanto concerne il codice dei contratti pubblici. In questo settore, è possibile che il sindacato del giudice amministrativo italiano sulla discrezionalità si avvicini al sindacato compiuto dal giudice amministrativo austriaco. Non ci dovremo meravigliare se – a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti – dovremo ripensare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa". In senso analogo M. CAFAGNO, *Principio di risultato e procedure di affidamento delle concessioni amministrative*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2024, 2, 217: "l'art. 1 del codice dovrebbe elevare il risultato non soltanto a parametro di misurazione del merito o del demerito, ma anche a criterio di selezione della scala valutativa delle condotte amministrative, affinché un sindacato frammentario, atto per atto, non finisca col compromettere un equilibrato apprezzamento dell'operazione contrattuale complessiva". Il rischio di una eccessiva apertura delle maglie del sindacato giurisdizionale come conseguenza dell'introduzione del principio del risultato è sottolineato da F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023: "il giudice amministrativo dovrà muoversi secondo una linea di equilibrio che sappia, per un verso, sindacare la legittimità dei provvedimenti tenendo conto del principio del risultato e dunque confermandone la validità quando possa dirsi che il risultato nei termini predetti abbia correttamente ispirato la scelta amministrativa e, per altro verso, comunque esercitare la sua funzione senza incrinare la portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Se infatti esiste il rischio che la sottovalutazione del principio del risultato possa dar luogo a decisioni che giudichino invalido un provvedimento soltanto per violazioni che non dovrebbero assumere un rilievo viziante alla luce del modo in cui il principio in questione fosse stato correttamente applicato, non di meno esiste anche il pericolo opposto, sul quale è bene richiamare l'attenzione: il pericolo di un troppo drastico uso della logica del risultato, tale da appiattire il sindacato giurisdizionale sulle scelte fatte dall'amministrazione". Accenti di preoccupazione anche in G. TROPEA, *I principi del risultato*, cit., 470: "la codificazione del principio di risultato potrebbe portare a un ampio travaso delle scelte pubbliche dall'area del merito a quella della discrezionalità, con il rischio di un effetto uniformante e sclerotizzante che su tali ambiti potrebbe determinarsi per effetto dell'assecondarsi delle posizioni giurisprudenziali".

2. *Il principio del risultato tra flessibilità e discrezionalità procedimentale*

Il principio del risultato, com'è noto, apre la “*triade* di governo della disciplina”⁷ dei contratti pubblici, che si perfeziona nei principi di fiducia e accesso al mercato.

La norma dell'articolo 1 del Codice descrive il canone come proiezione dell'attività contrattuale pubblica al perseguimento del “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”⁸.

Il riferimento ha rilanciato peraltro il dibattito intorno al tema dell'amministrazione di risultato, sviluppato in dottrina, con crescente consapevolezza e con progressivi margini di approfondimento, soprattutto nella seconda parte degli anni Novanta del secolo scorso e nei primi del nuovo millennio. Un dibattito che aveva variamente connesso la nozione di amministrazione di risultato alle aspettative di efficienza dell'azione amministrativa fino a ricavarne uno specifico parametro di legittimità della stessa⁹.

⁷ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 3, 287.

⁸ G.D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 1, 18-19, parla di “definizione anodina ... nel tentativo di tenere insieme tutto e di evocare un complesso panorama valoriale, che comprende anche il buon andamento, la triade efficienza-efficacia-economicità, e l'interesse della comunità, unitamente agli obiettivi dell'Unione europea genericamente richiamati dal terzo comma”.

⁹ S. PERONGINI, B. MEROLA, *Il principio del risultato*, cit. 554, laddove il dibattito sul tema è così sintetizzato: “Il risultato, di volta in volta, è stato configurato in termini aziendalistici, o come soddisfazione materiale della pretesa del cittadino, o come economicità del valore della pretesa del cittadino, o come soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate, o come presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco. In un tentativo ricostruttivo più articolato, si è sostenuto che il risultato – già considerato dalla legge che attribuisce a un centro di competenza l'esercizio di un potere amministrativo, in vista della produzione di un effetto tipizzato dalla stessa disposizione legislativa, pertanto parte integrante della norma – sia il conseguimento di un determinato assetto degli interessi in gioco, che a seguito dell'esercizio del potere amministrativo assurga da generico bene della vita a bene giuridicamente rilevante”. Nella vasta letteratura sull'amministrazione di risultato, senza pretesa di completezza, si segnalano: L. IANNOITA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Diritto amministrativo*, 1999, 1, 57ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*

Il “nuovo” risultato del Codice del 2023 recupera evidentemente l’ambizione di ancorare l’agire legittimo dell’amministrazione, stavolta sul versante della contrattualistica, ad un’istanza di proiezione al risultato che non può trascurare le aspettative di efficienza nella selezione del contraente e nella realizzazione delle commesse ma che, allo stesso tempo, deve confrontarsi con l’evoluzione della normativa sull’evidenza pubblica, specie alla luce delle direttive europee adottate dal 2004 in avanti¹⁰.

Una traiettoria nella quale il tradizionale canone dell’apertura concorrenziale dell’attività di scelta del contraente si accompagna ad una solida aspirazione verso una crescente flessibilità delle procedure¹¹, come strumento di efficientamento del mercato degli appalti. In questa prospettiva, l’ingrediente della flessibilità integra una precondizione per la concorrenza nel settore, con effetti su scala più vasta, ferma la consapevolezza che “il buon funzionamento del mercato degli appalti pubblici costituisce anche un indicatore della qualità delle amministrazioni”¹².

(l’arte di amministrare), in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 1; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo. Semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall’amministrazione alla libertà dell’amministrazione?*, in *Diritto e società*, 2000, 101; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., VI, Milano, 2002, 99; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA* 2002, Milano, 2003, 107; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire “amministrazione di risultati”?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 941. In termini critici, dopo il Codice del 2023, R. CARANTA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 8-9, 1950.

¹⁰ A. SANDULLI, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Diritto pubblico*, 2024, 2, 349, classifica il risultato come “Grundnorm dell’operazione di codificazione” e chiarisce come il principio sia “figlio del diritto dell’Unione europea, della continua spinta sostanzialista e antiformalista, mirante all’effettività e alla realizzazione proporzionata del fine prefissato”.

¹¹ Obiettivo che non trova sempre risposte convincenti nel nostro ordinamento. Sul punto, G.D. COMPORI, *Problemi e tendenze dell’assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell’economia*, 2012, 3, 592, parla di “false misure di flessibilità”.

¹² M. CLARICH, *Il Codice dei contratti pubblici tra regole della contabilità pubblica e disciplina della concorrenza*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 600, il quale rileva come “sul piano qualitativo ... l’efficienza del mercato degli appalti pubblici costituisce un test importante sotto più profili ... Costituisce innanzitutto uno degli indicatori del grado di apertura di un Paese nel contesto europeo ... Inoltre, una buona strutturazione e gestione delle procedure di gara e dei contratti

Si tratta di “una vera e propria svolta del legislatore comunitario ... che, dopo avere disciplinato in termini sempre più puntuali e rigidi le procedure degli appalti, principalmente per evitare i comportamenti elusivi degli Stati membri, ha poi preferito limitare il novero delle disposizioni autoapplicative delle direttive”¹³.

Una svolta che è conseguenza della nuova attenzione del diritto comunitario per la dimensione sociale del mercato degli appalti e per le sue molteplici implicazioni col tessuto sociale. Promozione e tutela del lavoro, protezione dell’ambiente, rilancio dell’economia: nuove coordinate di un’attività contrattuale concepita come “strumento di politica economica e sociale”¹⁴ e di un settore delle commesse pubbliche che non è più solo un mercato da rendere contendibile.

Obiettivi che richiedono nuovi strumenti e margini di intervento. La regola della rigidità lascia il posto al canone della flessibilità, che “non significa autorizzazione a limitare i principi fondamentali di imparzialità, trasparenza e non discriminazione”¹⁵, ma significa il tendenziale superamento di un sistema di selezione del contraente a congegni automatici per lasciare piuttosto alle stazioni appaltanti “un qualche margine di discrezionalità”¹⁶. La circostanza pone, peraltro, problemi di adattamento in un

a valle consente alle pubbliche amministrazioni di acquisire beni e servizi di qualità e a prezzi inferiori e di dotarsi di opere e di infrastrutture pubbliche (in tempi certi e con oneri in tutto o in parte privati attraverso il *project financing*) necessarie, oltre che per accrescere il benessere della collettività, per attrarre investimenti. Infine, l’andamento delle procedure competitive per la scelta del contraente privato e il monitoraggio nella fase esecutiva dei contratti costituiscono un test importante per valutare le capacità di programmazione, progettuali, tecniche e giuridiche delle pubbliche amministrazioni”.

¹³ M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, I, 164.

¹⁴ G.D. COMPORTI, *Lo Stato in gara*, in *Il diritto dell’economia*, 2007, 2, 232.

¹⁵ M.P. CHITI, *I principi*, cit., 165. L’intima connessione tra i principi di trasparenza e non discriminazione è sottolineata da G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007, 428.

¹⁶ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 427, laddove si sottolinea che “nella visione europea un qualche margine di discrezionalità, lungi da essere considerato con sospetto, consente all’amministrazione di invitare alla contrattazione le imprese ritenute più affidabili e di valutare meglio in concreto le offerte valorizzando gli elementi qualitativi delle medesime”. Sul punto, in termini critici rispetto al riferimento alla categoria delle discrezionalità, si veda anche E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *www.giustamm.it*, 2015, 4: “non credo che si possa parlare di discrezionalità della pubblica amministrazione perché qui si tratta di

sistema, come il nostro, nel quale il tema degli spazi della discrezionalità amministrativa è storicamente accompagnato da una radicata “diffidenza culturale”¹⁷, rispetto alla quale cerca di agire, non da ultimo, il principio della fiducia di recente conio per la contrattualistica pubblica.

In ogni caso, la traiettoria appena descritta lascia emergere uno stretto collegamento tra l'istanza di flessibilità, raccomandata dal diritto euro-unitario, e la spendita di poteri discrezionali da parte delle stazioni appaltanti. Poteri discrezionali che riguardano, innanzitutto, il modo di essere e di funzionare delle procedure ad evidenza pubblica.

La flessibilità evidentemente comporta una discrezionalità procedimentale, una discrezionalità che più che alla scelta finale dell'amministrazione, governata da valutazioni tecniche, guarda piuttosto alle scelte che le amministrazioni devono effettuare per la costruzione dell'architettura dell'evidenza pubblica. Sotto questo profilo (e guardando alle norme del nuovo Codice) gli spazi di discrezionalità procedimentale sono tanti e intercettano molteplici profili di regolazione dell'impianto di gara¹⁸.

contrattare, negoziare con gli operatori economici nella gara o con l'operatore economico scelto con i criteri posti a base della selezione che è espressione di autonomia, non di discrezionalità. La questione è rilevante perché è diversa la posizione dell'amministrazione che, se agisce in autonomia non è stretta dalla normativa che ha giuridicizzato l'esercizio del potere con la discrezionalità posta anche a tutela e garanzia degli operatori economici. Si deve parlare di una maggiore libertà di azione della stazione appaltante, non di discrezionalità, con tutti i rischi dell'inserimento di un elemento di privatizzazione in una procedura di evidenza pubblica e che significa minore garanzia per gli interessi pubblici in gioco che sono, come rilevato, quelli della pubblica amministrazione e degli operatori economici”.

¹⁷ G.D. COMPORITI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in ID. (a cura di), *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 21. Nello stesso volume, si veda anche N. DONI, P.A. MORI, *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, 41 e seguenti, laddove il dato dell'ampliamento della discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici costituisce la base per l'elaborazione, alla luce della teoria economica, di “raccomandazioni generali che fondino l'esercizio” del potere amministrativo”. In relazione al medesimo volume, nella recensione di G. MANFREDI, in *Il diritto dell'economia*, 2011, 3-4, 760-761, si sottolinea come, in questa materia e sulla scorta delle indicazioni della giurisprudenza, quando si allude all'allargamento dei margini di discrezionalità, si utilizzi l'espressione sulla base di una nozione “amplissima”, tale da ricomprendere “qualsivoglia margine di apprezzamento o di valutazione che la legge (almeno all'apparenza) lascia all'amministrazione in tema di aggiudicazione dei contratti pubblici”.

¹⁸ Con riguardo alla disciplina racchiusa nel Codice del 2023, M.R. SPASIANO, *Principi*

Rispetto a questi aspetti, i principi-guida della nuova contrattualistica pubblica (risultato – fiducia – accesso al mercato) rappresentano i parametri alla stregua dei quali l'amministrazione è chiamata ad operare la comparazione tra interessi pubblici e privati che vitalizza l'operazione discrezionale. E, per il principio del risultato, questa proiezione è ancora più evidente, perché espressa dallo stesso legislatore che, come già rilevato, lo configura come “criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto”.

Cercando allora di sciogliere la sciarada costruita dal legislatore del 2023 intorno al principio del risultato, possiamo ritenere, con qualche passaggio semplificatorio, che il canone evochi la tradizionale funzionalizzazione dell'attività amministrativa (nella specie, contrattuale) alla cura di un pubblico interesse¹⁹ e che tale cura sia raggiungibile attingendo, in omaggio alla regola generale della flessibilità, ai margini di discrezionalità procedimentale che la normativa riconosce e che consentono di elaborare la cd. regola del caso concreto²⁰, ovvero la peculiare dimensione procedurale utile al conseguimento “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”²¹.

e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici, in www.federalismi.it, 2023, 24, 222, rileva come “ambiti di discrezionalità non si rinvergono solo laddove il testo normativo faccia uso di terminologia a carattere potestativo (del tipo: l'amministrazione può disporre, può scegliere, può fare uso, ecc.), ma si ricavano in tutti i passaggi nei quali la norma, in presenza di determinati presupposti, non imponga uno specifico comportamento. In tale linea si collocano espressioni quali: l'amministrazione “favorisce l'accesso al mercato degli operatori economici ...” (art. 3) o “le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione dei lavori ...” (art. 7). Si tratta cioè di vicende che vedono talune operazioni completamente affidate alla discrezionalità dell'amministrazione”.

¹⁹ S. PERONGINI, B. MEROLA, *Il principio del risultato*, cit., 557, evidenzia che il 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”

²⁰ A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 2023, collega il risultato al buon andamento e chiarisce che “l'efficacia giuridica del principio di buon andamento non solo genera la regola del caso concreto, ma aiuta l'interprete a identificare in anticipo il buon significato di quella regola, quando vi siano più alternative interpretative, specie nell'esercizio della predeterminazione dei criteri della scelta”.

²¹ E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 4, 829, rileva come il risultato di cui è

Il risultato pertanto è, al contempo, obiettivo e metodo dell'azione contrattuale: è il prodotto dell'operazione contrattuale e rappresenta, parallelamente, lo strumento per ottenere quel prodotto.

3. *Principio del risultato e procedure dialogiche: la buona negoziazione come condizione per raggiungere il risultato*

Un osservatorio particolarmente interessante per verificare come il principio del risultato possa orientare le scelte discrezionali della stazione appaltante nella prospettiva di raggiungere il “risultato dell'affidamento” e dell'esecuzione della commessa credo possa essere rappresentato dal segmento delle procedure di gara a connotazione dialogica. Si tratta di un repertorio che, nel salto tra le direttive europee del 2004 e quelle del 2014, si è fatto progressivamente più articolato e robusto, affiancando ai più tradizionali congegni delle procedure negoziate (più o meno competitive), meccanismi di gara più sofisticati, come il dialogo competitivo, o finanche più ambiziosi: come il partenariato per l'innovazione.

La matrice che tiene insieme questi sistemi di gara sta tutta nel fare perno sulla negoziazione dell'oggetto del contratto tra parte pubblica e operatori privati, a servizio della quale si rende però necessario costruire una rete procedimentale capace di sostenere adeguatamente il percorso negoziale. Alla base, dunque, l'idea che l'efficienza della negoziazione corrisponda alla riuscita dell'operazione amministrativo-contrattuale, ovvero corrisponda (per tornare ancora sul lessico che usa il Codice) al “risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo”. Il resto passa per la consapevolezza che, per raggiungere il risultato della negoziazione efficiente, serve sfruttare sapientemente e legittimamente i margini di discrezionalità che la normativa contempla ai fini della costruzione dell'architettura procedurale, declinando per l'effetto la regola del caso concreto.

Del resto, che il risultato dipenda dalla efficiente ed efficace negoziazione è constatazione che deriva dalla considerazione del *proprium* delle

traccia nel nuovo Codice sia un “risultato dinamico, che, collimando nell'interesse pubblico in concreto, non costituisce una invariante né un apriori, ma è una risultante variabile e varia determinata dalla discrezionalità strategica della pubblica amministrazione”.

procedure dialogiche, nelle quali la stazione appaltante si appoggia in modo significativo sul contributo del privato nella definizione dell'oggetto dell'appalto²². È quanto accade, com'è noto, con il dialogo competitivo e, con accenti ancora più evidenti, con il partenariato per l'innovazione, attraverso il quale si punta addirittura alla creazione, sperimentazione e realizzazione di prodotti neanche disponibili sul mercato. Sono dunque settori nei quali il *gap* di asimmetria informativa che l'amministrazione normalmente sconta, nel rapporto con i privati durante le gare, risulta ancora più evidente e rispetto ai quali la dimensione collaborativa che ormai da tempo attraversa il diritto degli appalti pubblici, con manifestazioni che, danno luogo a relazioni "a differente intensità"²³, trova un approdo ormai consolidato nel contributo rilevante del privato ai fini della definizione dell'oggetto della commessa.

In questa prospettiva, al privato viene, infatti, chiesto uno sforzo articolato, che va oltre la classica presentazione di un'istanza di partecipazione in risposta ad un bando nel quale l'oggetto del contratto sia compiutamente definito. E questo sforzo del privato postula, a sua volta, il doveroso e necessitato cimento della pubblica amministrazione nell'attrarre gli operatori privati verso procedure che, proprio perché ad oggetto non del tutto definito, risultano necessariamente più impegnative per le imprese. In queste procedure, pertanto, l'obiettivo dell'amministrazione è quello di tenere i privati dentro la negoziazione, nella consapevolezza che solo attraverso la negoziazione sarà conseguibile il duplice risultato dell'affidamento e dell'esecuzione. Per raggiungere questo obiettivo, la stazione appaltante deve necessariamente offrire le condizioni per una buona negoziazione.

²² Per quanto riguarda la procedura di dialogo competitivo, R. DIPACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 624-625, il quale sottolinea come l'istituto parta "da una logica diametralmente opposta a quella che fino a questo momento ha improntato la disciplina nazionale degli appalti, che presupponeva la piena consapevolezza della stazione appaltante di tutte le necessità ed esigenze correlate all'appalto e permetteva a quest'ultima di definire ogni profilo della prestazione oggetto del contratto. Il dialogo competitivo si fonda sulla presunzione opposta che vede l'amministrazione coinvolta in una dialettica tecnica con i concorrenti per stabilire l'oggetto delle prestazioni dedotte nel contratto e in grado di incidere anche sulle finalità che il contratto dovrà perseguire".

²³ G. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 5.

Conclusivamente sul punto, possiamo allora dire che, nelle procedure a connotazione dialogica, la buona negoziazione è condizione del raggiungimento del risultato e, per il conseguimento dello stesso, serve una piattaforma procedimentale che garantisca il rapporto di fiducia tra i soggetti che negoziano (nella fattispecie: stazioni appaltanti e operatori economici). La letteratura sulle tecniche di negoziazione²⁴ ha, infatti, da tempo evidenziato come una buona negoziazione dipenda dalla solida costruzione procedimentale del rapporto di negoziazione, che sia capace di garantire una chiara comunicazione tra le parti e la conservazione di un rapporto di fiducia durante tutte le fasi dell'operazione.

Posto il discorso in questi termini, nelle procedure a connotazione dialogica emerge come il principio del raggiungimento del risultato finisca per tenere dentro la fiducia tra le parti²⁵, in un'accezione evidentemente più vasta rispetto a quella che viene espressa nello stesso articolo 2 del nuovo Codice²⁶.

²⁴ A partire da H. RAIFFA, *The art and science of negotiation*, Cambridge, 1982. Per ulteriori indicazioni bibliografiche e un inquadramento delle procedure a connotazione dialogica, sia consentito il rinvio a F. GAMBARDILLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016.

²⁵ La stretta connessione tra risultato e fiducia è sottolineata, anche alla luce della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, da M.R. SPASIANO, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici*, cit., 229, fino a concludere che “è la fiducia, la premessa del risultato di cui al D.Lgs. n. 36/2023, è il risultato l'obiettivo della considerazione dell'elemento fiduciario quale emerge dalle disposizioni dello stesso Codice”.

²⁶ Da questo punto di vista, la norma è in parte un'occasione persa, animata piuttosto dalla necessità di segnare un cambio di passo rispetto ad una tendenza recente del legislatore della contrattualistica pubblica che era tutta nel senso di innestare strumenti di contrasto dei fenomeni corruttivi, come rileva R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, 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*, cit., 47: “la disposizione di cui all'articolo 2 del codice, infatti, si riferisce agli operatori privati soltanto una volta. Mentre si sofferma in maniera diffusa sul segmento relazionale che intercorre tra amministrazione e suoi funzionari, anche, e soprattutto, in vista della modulazione del regime di responsabilità dei secondi ... la norma sembra mirata quasi esclusivamente alla costruzione di un rapporto tra amministrazione e funzionari”.

4. *Il dialogo competitivo: spazi di confronto e spazi di discrezionalità*

L'attenzione, a questo punto, deve necessariamente transitare dal generale al particolare, concentrandosi sull'istituto del dialogo competitivo, da intendersi quale selezione qualitativa tendenzialmente aperta, alla quale qualsiasi operatore economico possa chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara o a un avviso di indizione di gara.

L'intenzione è di verificare due aspetti: il primo riguarda la necessità di comprendere quanto il relativo impianto normativo, anche alla luce delle novità del Codice del 2023, sia adeguato nella prospettiva di garantire la conservazione del rapporto di fiducia tra le parti pubblica e privata e, quindi, il risultato di una efficiente negoziazione; il secondo, invece, è funzionale a saggiare quanto la necessità di garantire il risultato di una buona negoziazione, in ossequio al relativo principio, possa condizionare l'esercizio della discrezionalità dell'amministrazione nella selezione concreta delle modalità di celebrazione della gara.

Sotto il primo aspetto, la normativa sul dialogo competitivo è tendenzialmente strutturata nella prospettiva di favorire una efficiente negoziazione. Questo dipende dal fatto che la norma descrive un *format* articolato in una pluralità di fasi di scambio e dialogo tra stazione appaltante e operatori economici. Alcune di queste sono obbligatorie, altre ad attivazione discrezionale dell'amministrazione²⁷.

Obbligatorio, ovviamente, nella fase di impulso della procedura, è lo scambio informativo che si consolida nella dialettica tra il bando e l'istanza di parte²⁸.

Obbligatoria è la fase di dialogo contemplata nel quinto comma dell'art. 74 del Codice. È il dialogo che «riguarda tutti gli aspetti dell'appalto ed è finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità della stazione appaltante». In ordine alle modalità attraverso le quali debba strutturarsi questo dialogo, nel dettato

²⁷ Come sottolinea, M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità*, cit., 226.

²⁸ Il bando rappresenta le esigenze dell'amministrazione e i requisiti richiesti per partecipare alla procedura, nonché il termine per la ricezione delle domande di partecipazione, che non può essere inferiore a trenta giorni dalla data di trasmissione del bando. Nelle istanze di partecipazione, le imprese forniscono le informazioni richieste dalla stazione appaltante, sulla cui base l'amministrazione deciderà quali operatori invitare per la fase di dialogo, ferma la possibilità di limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura.

normativo, già emergono elementi di discrezionalità a carico della pubblica amministrazione, laddove si prevede che «ove previsto nel bando di gara [...] il dialogo competitivo può svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di soluzioni emerse durante la fase del dialogo». È una delle tante scelte discrezionali che la normativa impunta sull'amministrazione nella costruzione morfologica della tela procedimentale.

Ma si potrebbero fare ulteriori esempi corrispondenti alla possibilità di attivare discrezionalmente altre sedi di dialogo. A partire dalla previsione (anch'essa ospitata dal quinto comma dell'articolo 74) secondo la quale «dichiarato concluso il dialogo e informati i partecipanti rimanenti, la stazione appaltante invita ciascuno di loro a presentare l'offerta finale sulla base della soluzione o delle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo [...] Le offerte presentate possono essere, su richiesta della stazione appaltante, chiarite, precisate e perfezionate».

Da non trascurare poi, nella stessa prospettiva, quanto riferisce il comma 7 della medesima disposizione, laddove prevede che la stazione appaltante possa condurre ulteriori negoziazioni con l'operatore economico che risulti aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo per confermare gli impegni finanziari o altri contenuti dell'offerta.

Emerge, complessivamente, un articolato ventaglio di stanze di dialogo: alcune a carattere obbligatorio, che restituiscono una configurazione procedimentale basilica dell'istituto; altre corrispondenti a spazi di dialogo o scambio informativo che rendono il confronto più ampio, la negoziazione più strutturata, la cui attivazione dipende dalle scelte discrezionali dell'amministrazione che incidono sull'articolazione della procedura.

L'idea di fondo, in ogni caso, è che maggiori siano gli spazi del confronto, più si possa essere confidenti sulla buona riuscita del percorso di negoziazione. Sotto questo aspetto, appare peraltro interessante la novità del nuovo Codice (si veda il comma 4 dell'articolo 74) a tenore della quale: «prima dell'avvio del dialogo le stazioni appaltanti possono organizzare una consultazione con gli operatori economici selezionati sulla base della documentazione posta a base di gara e sulle modalità di svolgimento del dialogo». La previsione innesta, evidentemente, un ulteriore strumento, nella disponibilità dell'amministrazione, come occasione per un chiarimento sulla grammatica dei documenti di gara e quindi sulla quantità e qualità dell'impegno che si chiede ai privati che partecipano al dialogo ma anche sulle modalità dello svolgimento del dialogo (per quanto la partita

più importante, quella della articolazione in fasi successive a scrematura progressiva, la norma vuole sia già stata risolta nel bando). La principale utilità dello strumento di nuovo conio sembra rintracciabile come momento di comprensione generale dell'operazione contrattuale a farsi, soprattutto nell'interesse dei privati, chiamati al già descritto e rilevante sforzo di compartecipazione ai fini della definizione dell'oggetto del contratto. Del resto, che la finestra debba servire soprattutto alla parte privata risulta confermato dalla previsione di chiusura della disposizione: «nei trenta giorni successivi alla conclusione della consultazione i partecipanti selezionati possono recedere dal dialogo».

Attivare o meno questa ulteriore finestra resta, nondimeno, nella discrezionalità dell'amministrazione, come del resto accedere alle altre stanze di confronto che si è visto caratterizzare l'architettura della procedura, per quanto in una dimensione di eventualità.

5. *Risultato, regola del caso concreto ed oggetto dell'appalto: alla ricerca dei parametri per l'esercizio della discrezionalità nella configurazione procedimentale del dialogo competitivo*

Chiariti quali sono gli spazi di discrezionalità che il legislatore riserva all'amministrazione in punto di definizione della piattaforma procedimentale del dialogo competitivo, resta da verificare come il principio del risultato (nella sua dimensione codicistica di «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto») possa assistere l'amministrazione nello «stabilire quale dei tanti binari seguire»²⁹, orientando le scelte discrezionali relative all'attivazione o meno delle riferite finestre di confronto tra amministrazione e operatori economici³⁰.

In questa prospettiva, torna utile quanto già detto in precedenza, descrivendo la cd. regola del caso concreto come regola della singola

²⁹ S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 6, 725.

³⁰ Posto che «per la natura e il rango di cui esso gode, il principio costituisce un comando esplicito e diretto che deve necessariamente tradursi nella elaborazione di concreti parametri operativi di riferimento ai quali, di volta in volta, poter rapportare le varie condizioni di elaborazione delle scelte discrezionali: parametri che si rivelino adatti a declinare criteri operativi rivelatori della violazione, o meno, del principio di risultato» (così M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato*, cit., 211).

gara, ovvero la peculiare dimensione procedurale utile al conseguimento «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».

Restituita in questi termini, la regola del caso concreto non può, ovviamente, prescindere dal concreto oggetto dell'appalto, corrispondente alle esigenze di cura dell'interesse pubblico per le quali l'amministrazione si risolve a contrattare e a farlo con una specifica procedura (nella fattispecie a struttura dialogica).

Muovendo da questa premessa, il discorso deve necessariamente spostarsi sull'individuazione dell'ambito di applicazione del dialogo competitivo, per come descritto dall'articolo 70, comma terzo, del Codice, comunemente allo spazio di vitalità della procedura competitiva con negoziazione.

La norma contempla, infatti, due livelli di applicazione. Il primo, di tipo sostanziale, che deriva dalla presenza di una o più delle seguenti condizioni: 1) quando le esigenze della stazione appaltante perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte con le altre procedure; 2) quando le esigenze della stazione appaltante implicano soluzioni o progetti innovativi; 3) quando l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi; 4) quando le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dalla stazione appaltante. Il secondo livello di applicazione, invece, è conseguenza di una condizione patologica, perché interviene all'esito a una procedura aperta o ristretta nella quale siano state presentate soltanto offerte inammissibili.

L'osservazione generale evidenzia, dunque, un telaio composito di possibilità applicative dell'istituto, nel quale la complessità dell'appalto possa essere più o meno severa e il livello di completezza della definizione dell'oggetto della procedura più o meno ampio.

Le coordinate sembrano muoversi, in ogni caso, in direzione inversamente proporzionale: quanto maggiore è la complessità della procedura, tanto minore sarà il livello di definizione dell'oggetto del contratto.

Dal grado di definizione dell'oggetto dell'appalto dipende poi la quantità e qualità dell'impegno richiesto agli operatori privati che partecipano al dialogo, contribuendo alla fissazione dei termini della commessa.

Posto che l'obiettivo dell'amministrazione orientata al risultato dell'affidamento e dell'esecuzione è, innanzitutto, quello di attrarre i privati nelle procedure di dialogo competitivo (scongiurandone peraltro il recesso), la capacità di offrire ai privati la prospettiva di una negoziazione strutturata diventa una posta decisiva nella direzione del raggiungimento del risultato.

Sotto questo profilo, le coordinate evolvono, invece, in termini direttamente proporzionali: maggiore è il livello di complessità dell'appalto (come conseguenza delle carenze definitorie in punto di oggetto), maggiore il tasso di negoziazione strutturata che l'amministrazione dovrà garantire, nella definizione della regola del caso concreto (la piattaforma procedimentale della singola gara) e nell'ambizione, non declinabile, di perseguire il risultato dell'affidamento e dell'esecuzione della commessa. Come a dire: più è complesso l'oggetto dell'appalto, più sedi di dialogo e confronto dovranno essere assicurate dall'amministrazione.

Per questa via, le riferite scelte discrezionali che si è visto essere imputate all'amministrazione (dalle quali consegue la strutturazione del percorso di negoziazione), nel quadro di un'attività contrattuale orientata al risultato dell'affidamento, finiscono con l'essere orientate dal livello di complessità delle procedure, nel quadro di un percorso di decisione nel quale gli spazi di discrezionalità dell'amministrazione si riducono al crescere del fattore di complessità della commessa, fino a configurarsi in termini di scelte doverose nei casi in cui sia minimo, in avvio di gara, il grado di definizione dell'oggetto dell'appalto.

Conclusivamente, appare confermato come, anche nella nuova disciplina, il dialogo competitivo resti la procedura più attrezzata per reggere le sorti di una efficiente negoziazione, per quanto scarsamente impiegata dalle pubbliche amministrazioni. Un ritardo dovuto principalmente alle insidie che presenta l'utilizzo delle procedure dialogiche che, come si è visto, pongono le stazioni appaltanti al cospetto di scelte discrezionali rispetto alla quali sembrano difettare parametri di riferimento. Anche sotto questo profilo, la recente introduzione del principio del risultato e il conseguente, progressivo innestarsi di una sedimentata «cultura del risultato»³¹ si auspica possano rappresentare l'inizio di una inversione di tendenza.

³¹ M. CAFAGNO, *Principio di risultato*, cit., 217.

Abstract

Il contributo intende ragionare sull'attitudine del principio del risultato a condizionare le scelte discrezionali dell'amministrazione rispetto all'esercizio di una serie di facoltà che il testo normativo riconosce alla pubblica amministrazione nella procedura di dialogo competitivo. Tali scelte, nel quadro di un'attività contrattuale orientata al risultato dell'affidamento, appaiono condizionate dal livello di complessità dell'appalto come conseguenza del grado di incompleta definizione del relativo oggetto. In questa prospettiva, alcune scelte dell'amministrazione dovranno intendersi come doverose nei casi in cui sia minimo, in avvio di gara, il grado di definizione dell'oggetto dell'appalto.

The principle of results as a priority criterion for the exercise of discretion
in the competitive dialogue procedure

The paper intends to reason on the aptitude of the principle of the result to condition the discretionary choices of the administration with respect to the exercise of a series of faculties that the regulatory text recognizes to the public administration in the competitive dialogue procedure. Such choices, in the framework of a contractual activity oriented to the result of the assignment, appear to be conditioned by the level of complexity of the contract as a consequence of the degree of incomplete definition of the related object. In this perspective, some choices of the administration will have to be considered as obligatory in cases in which, at the start of the tender, the degree of definition of the contract object is minimal.

L'attivazione del potere sostitutivo: dal cittadino alle istituzioni*

di Sebastiano Licciardello

Sommario: 1. L'attivazione del potere sostitutivo. – 2. Potere sostitutivo e modello gerarchico di amministrazione. – 3. Potere sostitutivo e modello di amministrazione per “autonomie” e “responsabilità”. – 4. Il potere sostitutivo nei rapporti intersoggettivi (cenni). – 5. Il potere sostitutivo in funzione di ripristino dell'efficacia dell'agire pubblico. – 6. Il potere sostitutivo come sanzione ripristinatoria. – 7. L'attivazione del potere sostitutivo da parte dei cittadini.

1. *L'attivazione del potere sostitutivo*

L'attivazione del potere sostitutivo avviene mediante un atto di iniziativa proveniente da una amministrazione o da un privato in concorrenza con una amministrazione.

Nella prima ipotesi il procedimento è avviato d'ufficio dal sostituto. In sostanza, viene avviato per iniziativa della stessa amministrazione titolare del potere sostitutivo, per tutelare un interesse che viene messo a rischio dall'inerzia dell'amministrazione competente in via ordinaria¹.

Ma può accadere che il potere di attivare il sostituto appartenga ad un organo o ente terzo a cui l'ordinamento attribuisce il potere di iniziativa. In tal caso può parlarsi di iniziativa eteronoma: ad esempio il responsabile del procedimento amministrativo attiva l'organo tecnico di cui all'articolo 17 della legge 7 agosto 1990, n. 241 in caso di inerzia dell'organo originariamente competente all'adozione di una valutazione tecnica ovvero il presidente del Consiglio dei ministri è chiamato ad intervenire nei confronti di una regione su iniziativa di un ente locale ai sensi dell'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

Si è discusso in passato se sia attivabile il potere sostitutivo da parte della competente amministrazione, stante che in tal modo si avrebbe una sorta di abdicazione del potere.

* Relazione al Convegno “*Il potere sostitutivo della pubblica amministrazione*”, Napoli, Università “Luigi Vanvitelli”, 13-14 dicembre 2024.

¹ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 306. In tema vedi pure C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Padova, 2004.

Simil possibilità è oggi ammessa, ad esempio, dall'art 12, comma 3, del decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, sulla *Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza, per cui il ministro competente provvede nel caso in cui la richiesta di esercizio dei poteri sostitutivi provenga, per qualunque ragione, direttamente da un soggetto attuatore.

La distinzione tra iniziativa di ufficio ed iniziativa privata allo stato attuale appare recedere rispetto alla attivazione del potere sostitutivo per iniziativa concorrente sia privata che di ufficio.

Invero una ipotesi di attivazione da parte del privato del potere sostitutivo è stata prevista dall'art. 3 *ter* del decreto legge 12 maggio 1995, n. 163 riguardo i ritardi nella adozione di provvedimenti da parte di amministrazioni statali e poi dall'art. 2 comma 9 *ter* della l. n. 241/1990 nella formulazione introdotta dal decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5 il quale prevedeva che decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento il privato potesse rivolgersi al responsabile di cui al comma 9 *bis* perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concludesse il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

La disposizione è stata interpretata nel senso che non solo il cittadino che abbia presentato una istanza all'amministrazione possa attivare il potere sostitutivo ma anche chiunque abbia presentato una qualsiasi richiesta o presentato una denuncia può attivare il potere sostitutivo avendo diritto ad una risposta, ancorché in forma breve, avendo una "*pretesa al provvedimento*" ai sensi del comma 1 dell'art. 2².

La previsione del potere sostitutivo per inerzia procedimentale, per ciò che concerne l'attivazione, è però stata modificata dall'art. 61, comma 1, lett. b), decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, per cui il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9 *bis*, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

Va aggiunto che l'iniziativa concorrente di parte e di ufficio prescinde «dalla legittimazione ad avviare il procedimento originario» quindi per un procedimento ad iniziativa di parte può essere attivato il potere sostitutivo d'ufficio e per un procedimento officioso può essere attivato il potere sostitutivo dalla parte che ha interesse³.

Ulteriori disposizioni prevedono una attivazione concorrente del

² S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, Torino, 2020, 196 s.; F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023, 162.

³ F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, cit., 194.

potere sostitutivo da parte dell'amministrazione e dei privati. Ad esempio, l'art. 30 del decreto legge 17 maggio 2022, n. 50, prevede l'attivazione del potere sostitutivo del Ministero delle imprese e del *made in Italy* su istanza dell'impresa, dell'ente o della pubblica amministrazione interessati, in caso di inerzia nelle procedure ad oggetto investimenti per il sistema produttivo nazionale. Parimenti l'art. 7 del decreto legge 14 aprile 2023, n. 39, prevede che al fine di fronteggiare la crisi idrica in caso di inerzia, il Commissario straordinario nazionale per l'adozione di interventi urgenti connessi al fenomeno della scarsità idrica, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo.

Da questo quadro del tutto sommariamente tracciato sembra che il tema della attivazione dell'esercizio di poteri sostitutivi sia del tutto asistemico; il che ridurrebbe l'analisi ad una mera ricognizione delle disposizioni normative che individuano il soggetto a cui spetta l'attivazione del potere sostitutivo: sempre parte pubblica, talvolta, in concorrenza, parte privata⁴.

Ma questo appare all'evidenza cosa piuttosto inutile.

Come appare del tutto inutile prendere atto della "confusione" del diritto positivo, senza tentare una ricostruzione unitaria dell'istituto, ricostruzione che non è pensabile, attraverso il tralattizio ordine costruttivo "schematizzante" delle categorie giuridiche⁵ di cui già da tempo si è evidenziato il loro "*décloisonnement*"⁶, quanto piuttosto attraverso il metodo storico, necessario a ricostruire, seppure ai limitati fini dell'oggetto della relazione, l'istituto, la nascita e l'evoluzione, così da cercare di compren-

⁴ Ad esempio, l'art. 9 della legge 5 agosto 2022, n. 118, in materia di trasporto pubblico locale prevede che sia il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili a proporre l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Nello stesso senso l'art. 12 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 in materia di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche.

⁵ J.L. BERGEL, *Ouverture*, in *Les catégories en droit*, Collection des Presses Universitaires de Seaux, 2017, 16.

⁶ Ci riferiamo al saggio di B. SEILLER, *L'érosion de la distinction SPA-SPIC*, in *AJDA*, 2005, 417 il quale si interroga sulla secolare categorizzazione nel diritto amministrativo invitando a riflettere sulla sostenibilità di tutte le categorie di esso. Più recentemente C. KALOUDAS, *La décloisonnement des catégories en droit administratif*, in *Les catégories en droit*, cit., 163 ss. Vedi pure le insuperabili pagine di Giorgio Berti che racconta della sua frequenza all'Università di Ferrara del corso di diritto amministrativo tenuto dal prof. Tumati, chiedendosi "*che senso aveva quella classificazione di istituti, di regole, di giurisprudenza che usciva prevalentemente, come una serie ordinata di gradevoli figurine dal quadro che aveva in mente il professore e che noi studenti avremmo dovuto ricomporre nella nostra mente?*" (G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie ed argomenti*, Padova, 2008, 2 ss.).

derne la natura, la funzione, gli scopi, gli interessi che vuole soddisfare, per cercare quindi di collocare sistematicamente, nel contesto ricostruito, il profilo dell'attivazione del potere sostitutivo⁷.

2. *Potere sostitutivo e modello gerarchico di amministrazione*

L'istituto della sostituzione amministrativa è ricondotto dalla dottrina del primo Novecento all'organizzazione. Per Federico Cammeo il potere di sostituzione è attributo ordinario della gerarchia⁸. Santi Romano nel suo corso di diritto amministrativo si occupa della sostituzione nel paragrafo dedicato alla distribuzione delle funzioni tra diversi organi ritenendo che un organo è autorizzato ad esplicare attività di un altro organo nei casi di necessità o quando quest'ultimo non è in grado di funzionare⁹ e Guido Zanobini tratta della sostituzione occupandosi dell'organizzazione gerarchica dello Stato ed individuando tra i poteri del superiore gerarchico il potere di sostituzione dell'azione dell'inferiore, quando questo, avendo l'obbligo di provvedere, non abbia provveduto¹⁰.

Pertanto, il potere sostitutivo veniva inteso come «fenomeno con-naturale alla gerarchia, tale da prescindere da norme di legittimazione»¹¹.

Invero era comunemente riconosciuta all'ufficio superiore la facoltà di assumere per singoli casi la competenza dell'ufficio inferiore, «sicurissimo principio su cui v'è l'universale consenso» sosteneva Cino Vitta¹².

Sarà Vittorio Emanuele Orlando a ritenere necessario invece un fondamento legislativo del potere di sostituzione e ciò per l'autonomo rilievo che è andato ad assumere il vizio di incompetenza¹³.

⁷ Su questo metodo di indagine vedi V. OTTAVIANO, *Premessa metodologica*, in *Scritti giuridici*, Milano 1992, I, 9 (già in *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1947, 339, nota 2).

⁸ Vedi F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 472. Vedi pure E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma, 1917, I, 24.

⁹ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 112.

¹⁰ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, I, 147.

¹¹ Vedi M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Diritto e società*, 2017, 365, nt. 11. L'Autore richiama G. CONTI, *Organizzazione gerarchica e stato democratico*, Padova, 1989, 59 ss.

¹² C. VITTA, *Dritto amministrativo*, I, Torino, 1954, 183.

¹³ V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. III, Parte II a cura di V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 659.

Così per Forti il potere di sostituzione appartiene «sempre all'ufficio superiore con una sola eccezione notevole e di portata assai larga: e cioè quando la sfera delle attribuzioni dell'ufficio inferiore è costituita per legge»¹⁴. In questi casi, non vi è facoltà di sostituzione del superiore gerarchico.

Il che è condiviso dal Sandulli il quale nel Manuale, riconduce alla gerarchia il potere sostitutivo sempre che l'autorità sovraordinata «disponga di una competenza in tutto o in parte comprensiva di quella dell'organo inferiore e quindi concorrente con essa»¹⁵. Anche la giurisprudenza specificava che la competenza dovesse essere attribuita ai due organi in materia indistinta¹⁶.

Il ricondurre comunque la sostituzione all'organizzazione amministrativa gerarchica appariva in linea con la concezione tradizionale di amministrazione e dei rapporti amministrazione/cittadino.

Ricondotto il potere sostitutivo alla relazione gerarchica inferiore/superiore è stato confrontato con il potere di decisione sul ricorso gerarchico, ponendosi in questo caso però la questione di spiegare la natura dell'iniziativa che appartiene in specie ad un privato, il ricorrente.

Pucchetti, nella monografia del 1938, *il ricorso gerarchico*, sostiene che il privato quando presenta un ricorso amministrativo agisce come sostituto dell'autorità amministrativa: come esiste il sostituto processuale nel processo civile così col ricorso amministrativo il privato si sostituisce alla pubblica amministrazione¹⁷.

Si tratta di una concezione diffusa, molto bene rappresentata dal Guicciardi, per il quale il cittadino è portatore di un interesse qualificato e coincidente con l'interesse pubblico che provoca l'esercizio del controllo repressivo, ossia di quei poteri che si «potrebbero esplicare d'ufficio sugli atti delle autorità dipendenti»¹⁸.

Pertanto, nella concezione tradizionale, che sopravviverà, almeno fino agli anni Novanta del Novecento, l'iniziativa nella attivazione del potere sostitutivo nei rapporti interorganici è comunque funzionale alla cura dell'interesse (generale) dell'amministrazione, nella sua unità garantita dal principio gerarchico.

¹⁴ U. FORTI, *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1931, 239.

¹⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 240.

¹⁶ Consiglio di Giustizia Amministrativa, 7 maggio 1974, n. 75.

¹⁷ A. C. PUCCHETTI, *Il ricorso gerarchico*, Padova, 1938, 50.

¹⁸ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 96.

3. *Potere sostitutivo e modello di amministrazione per "autonomie" e "responsabilità"*

La recessione prima, a partire dagli anni '70 del secolo scorso del principio gerarchico e il suo superamento dopo, con la legislazione degli anni '90, non travolgeranno il potere sostitutivo che a questo punto si affranca dal modello organizzativo gerarchico.

Il riconoscimento dell'autonomia dirigenziale se ha comportato la caducazione dei poteri ministeriali di annullare, revocare o riformare gli atti dei dirigenti, di decidere sui ricorsi gerarchici e di riservare a sé l'adozione di particolari categorie di provvedimenti non ha fatto venire meno – con il d.lgs. n. 29 del 1993 – il potere di avocazione ministeriale, specificatamente previsto dall'art. 14, 3° comma.

Il potere di avocazione, il cui permanere poteva fare dubitare dell'effettivo superamento del principio gerarchico, è tuttavia scomparso con il d.lgs. n. 80 del 1998, che invece mantiene in capo al ministro il potere di sostituzione per inerzia.

Il potere del ministro di sostituzione appare in linea con i nuovi principi di organizzazione individuati nell'«autonomia» e nella «responsabilità»¹⁹.

Rispetto all'avocazione, che può prescindere dall'inerzia ed avere pertanto carattere preventivo, il potere di sostituzione per inerzia ha carattere successivo ed è funzionale a rendere effettivo il principio di sussidiarietà che, riferito all'organizzazione per autonomie, legittima interventi sostitutivi a garanzia dell'efficacia dell'azione amministrativa ed alla effettiva cura degli interessi dei cittadini. Sotto questo profilo il principio di sussidiarietà si presenta come una formula piuttosto flessibile che legittima i poteri *sostitutivi* per supplire ad (eventuali) inerzie dell'amministrazione²⁰.

Nel passaggio da una organizzazione gerarchica ad una organizzazione per autonomie e responsabilità, l'iniziativa dell'attivazione del potere sostitutivo nelle relazioni intraorganiche, non corrisponde ad un generale interesse dell'amministrazione ma ad un interesse pubblico che si declina nella soddisfazione degli interessi di cittadini, imprese, collettività ed allontanandosi dalla funzione di controllo e coordinamento gerarchico

¹⁹ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per autonomie e diritti dei cittadini*, Torino, 2000.

²⁰ Vedi M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, cit. 375.

diventa – come ha evidenziato la dottrina – «un'importante strumento di riequilibrio dell'organizzazione amministrativa, attraverso cui è possibile attribuire ad essa la flessibilità necessaria per apprendere dall'esperienza concreta ed adattarsi in modo efficace alla complessità dei problemi reali, affrontando una realtà in continua evoluzione che come tale può mettere in crisi l'assetto statico dell'organizzazione»²¹. Per corrispondere la sostituzione all'esigenza «di ricondurre sulla via della legittimità, organi per così dire 'traviati' per loro dolo o colpa, così assumendo carattere coattivo o repressivo, volto a correggere l'irregolarità della funzione o il suo mancato esercizio anche contro la volontà dell'organo competente in via ordinaria»²².

In sostanza, per garantire la continuità e l'effettività dell'esercizio della funzione pubblica²³.

4. *Il potere sostitutivo nei rapporti intersoggettivi (cenni)*

Il potere sostitutivo oltre che nelle relazioni interorganiche rileva anche nelle relazioni intersoggettive ma in modo più complesso quando sono coinvolti enti pubblici dotati di autonomia politica.

In questi casi l'attivazione del potere sostitutivo risponde alla «vocazione garantista dello Stato o, comunque, di ogni ente territoriale preposto alla tutela di esigenze unitarie all'interno di contesti caratterizzati dalla compresenza di più anelli istituzionali»²⁴.

²¹ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 289. Anche STEFANO VILLAMENA, ritiene che il potere sostitutivo «corrisponde ad una particolare applicazione del principio di sussidiarietà in senso verticale o ascendente. Infatti, se con tale principio si predilige tradizionalmente una scelta di prossimità rispetto all'attribuzione di competenze nei diversi livelli di governo, non mancano applicazioni addirittura inverse le quali, proprio sulla base della sussidiarietà, determinino che il livello superiore riassorba attraverso la sostituzione competenze altrimenti spettanti ad altri livelli». Specificando che «la sussidiarietà che caratterizza il potere sostitutivo è di natura competitiva o, per meglio dire, concorrente, poiché gli organi amministrativi coinvolti nella relativa fattispecie conservano la piena disponibilità dell'esercizio del potere di provvedere» (S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., 200).

²² Vedi M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, cit. 363.

²³ In questo senso M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 22 e M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, cit. 374.

²⁴ Q. CAMERLENGO, *Potere sostitutivo (Dir. cost.)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg.

Invero, prima delle riforme avviate negli anni '90 del secolo scorso, gli interessi unitari erano principalmente garantiti nei rapporti intersoggettivi attraverso il sistema dei controlli amministrativi. D'altra parte, il potere sostitutivo esercitato dallo Stato sugli enti locali viene tradizionalmente inquadrato nella funzione di controllo²⁵.

La Corte costituzionale, specificherà che la sostituzione può essere prevista dalla legge solo per attività prive di discrezionalità nell'*an* e obbligatorie, tutelando l'intervento sostitutivo interessi unitari²⁶.

Questi saranno definiti nel testo novellato nel 2001 dell'art. 120 della Costituzione per cui il Governo può sostituirsi a organi degli enti territoriali nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Va aggiunto che per l'art. 116, comma 5, le Regioni nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione

III, 662 s. La garanzia della effettività della funzione a cui corrisponde l'attivazione del potere sostitutivo la rinveniamo nell'art. 12 del decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, sulla governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Per questa disposizione nei casi di mancato rispetto da parte degli enti politici territoriali degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, nell'inerzia o nella difformità nell'esecuzione dei progetti o degli interventi, il Presidente del Consiglio dei ministri, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna al soggetto attuatore interessato un termine per provvedere non superiore a quindici giorni. In caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, sentito il soggetto attuatore anche al fine di individuare tutte le cause di detta inerzia, il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari ad acta, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare tutti gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti e degli interventi.

²⁵ U. FORTI, *I controlli sull'amministrazione comunale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., Vol. II, Parte II, 1915. Di diverso avviso U. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi Senesi*, Torino, 1916, 169 ss. che invece prospetta una funzione di cooperazione tra autorità.

²⁶ Vedi Corte costituzionale, 9 marzo 2018, n. 56; Corte costituzionale, 16 luglio 2004, n. 227.

degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La dottrina costituzionalistica ha evidenziato la connessione tra il potere sostitutivo ed il principio di sussidiarietà: «la sostituzione di un ente, ad opera di quello immediatamente “meno prossimo” rispetto alla comunità di riferimento, non è che il frangente vitale di invero della sussidiarietà istituzionale. Così come l'intervento sussidiario non può prescindere dalla obiettiva constatazione della inadeguatezza dell'ente titolare di una data funzione, altrettanto deve valere ai fini del legittimo esercizio del potere sostitutivo. Questa condizione si rivela illuminata dal principio di leale collaborazione che, non a caso, è enunciato tanto nell'art. 118 Cost., in ordine alla allocazione delle funzioni amministrative, quanto nell'art. 120, 2° co., Cost.»²⁷.

²⁷ Q. CAMERLENGO, *Potere sostitutivo (Dir. cost.)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, cit., 662 s. Va precisato che la Corte costituzionale ha ritenuto che poteri sostitutivi diversi rispetto a quelli di cui all'art. 120, devono necessariamente essere esercitati da organi di governo dell'ente politico superiore “in considerazione dell'incidenza dell'intervento sull'ordine delle competenze e sull'autonomia costituzionale dell'ente sostituito”. Pertanto, con la decisione 29 aprile 2005, n. 167 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, l. rg. Abruzzo 23 gennaio 2004 n. 4, che attribuiva al difensore civico regionale un potere di controllo sostitutivo nei confronti degli enti locali. Resta invece vigente l'art. 136 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 per cui qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario ad acta nominato dal difensore civico regionale, ove costituito, ovvero dal comitato regionale di controllo. Il commissario ad acta provvede entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico. Il Consiglio di Stato ha precisato che i poteri surrogatori del Difensore Civico, previsti dalla normativa di cui all'art. 136 del D.Lgs. n. 267/2000 non si configurano nei casi di atti e di provvedimenti di competenza degli enti locali inadempienti in esercizio di un potere amministrativo connotato da un contenuto di ponderazione o di comparazione di interessi confliggenti, ma solo laddove questi siano chiamati ad assumere una decisione in adempimento di un obbligo di legge che consenta valutazioni di tipo meramente tecnico (Consiglio di Stato, Sez. V, 16 luglio 2021, n. 5365).

È stato oggetto di sindacato di costituzionalità anche il potere prefettizio di sostituzione previsto dall'art. 143 comma 7 bis del d.lgs. 267/2000 introdotto dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, per cui qualora dalla relazione del prefetto emergano situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate, tali da determinare un'alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, il prefetto al fine di far cessare le situazioni riscontrate e di ricondurre alla normalità l'attività amministrativa dell'ente, individua i prioritari interventi di

Pertanto, ulteriore corollario è la procedimentalizzazione del potere sostitutivo e l'effettiva partecipazione degli enti destinatari dell'atto di sostituzione, oggi garantita dall'art. 8 della l. n. 131/2003.

D'altra parte, la portata potenzialmente lesiva del sistema autonomistico dell'art. 120, comma 2, si smorza attraverso la previsione di un procedimento partecipato che rappresenterà non solo una garanzia per gli enti territoriali ma attiverà un confronto tra i diversi livelli di governo per l'effettiva definizione e tutela di quegli interessi unitari che l'art. 120, comma 2, intende custodire.

Per concludere possiamo dire che l'iniziativa pubblica di attivazione del potere sostitutivo nelle relazioni intersoggettive (Stato/autonomie) corrisponde funzionalmente a quelle esigenze unitarie oggi indicate nell'art. 120, comma 2, della Costituzione.

5. *Il potere sostitutivo in funzione di ripristino dell'efficacia dell'agire pubblico*

Questo sopravvivere del potere sostitutivo al superamento del modello gerarchico di amministrazione, la intrinseca riconduzione al principio di sussidiarietà e, pertanto, ad una organizzazione, che diventa strumentale all'azione pubblica ed ai risultati che deve essa perseguire ci consente di considerare anche l'attivazione in questa prospettiva strumentale rispetto alla responsabilità di risultato, che riguarda ogni amministrazione e che come rimarcato dalla dottrina «è da intendere non solo come responsabilità di assicurare la realizzazione di un risultato che dipenda unicamente dal suo intervento, ma anche come responsabilità di realizzare le condizioni necessarie perché il risultato possa essere prodotto da un altro ufficio o da un'altra amministrazione, rispetto a cui la prima è in una situazione di interdipendenza»²⁸.

Si tratta di un approccio oggi sollecitato dal rilievo del principio di risultato nell'agire pubblico.

risanamento indicando gli atti da assumere, con la fissazione di un termine per l'adozione degli stessi. Nel caso di inerzia si sostituisce, mediante commissario ad acta, all'amministrazione inadempiente. La Corte costituzionale con la sentenza 24 luglio 2019, n.195, ha dichiarato la illegittimità del potere sostitutivo prefettizio per essere la previsione lesiva dell'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali e viola il principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa, disciplinando un nuovo potere prefettizio fondato su presupposti generici ed eccessivamente discrezionali.

²⁸ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 292 e 304.

Principio che la Corte costituzionale riconduce alle riforme degli anni Novanta, a quelle riforme che inaugurano «un nuovo modello di pubblica amministrazione» governato oltre che dal principio di legalità, dai criteri di economicità ed efficacia (art. 1 della l. n. 241/1990), organizzato attribuendo ai dirigenti «il compito di conseguire gli obiettivi assegnati dagli organi di governo e, conseguenzialmente [...] responsabili per i risultati effettivamente raggiunti». Determinando il passaggio da una amministrazione che «doveva dare semplicemente esecuzione alla legge, adottando un singolo e puntuale atto amministrativo, a quella che è stata definita «amministrazione di risultato», cioè un'amministrazione che deve raggiungere determinati obiettivi di policy e che risponde dei risultati economici e sociali conseguiti attraverso la sua complessiva attività [...] e perciò sempre più ampiamente investita del compito di scegliere, nell'ambito della cornice legislativa, i mezzi di azione ritenuti più appropriati». Sottolineando che l'ampia discrezionalità «è una componente essenziale e caratterizzante tale tipo di amministrazione». Per la Corte negli anni successivi agli anni Novanta la scelta a favore di un'amministrazione di risultato si è andata via via consolidando ed in questo contesto si colloca il Codice dei contratti pubblici del 2023 che nell'enunciare i principi generali che reggono l'azione amministrativa nella materia colloca all'art. 1 il principio del risultato²⁹.

Il rilievo del risultato nell'indagine sul potere sostitutivo ci consente di capire quella collocazione del potere sostitutivo in norme che lo affastellano con ulteriori rimedi avverso l'inerzia amministrativa, per assicurare – evidentemente – il risultato.

²⁹ Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 2024, n. 132. Per il Consiglio di Stato «il principio del risultato, secondo la declinazione datane dal legislatore: – costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea; – costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto». Quindi «un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse, da perseguire attraverso il rispetto della concorrenza della trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice». Un principio «avvinto inestricabilmente» con quello della fiducia per cui «la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo» (Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza 01 luglio 2024, n. 5789; vedi pure Consiglio di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).

Sotto questo profilo possono essere prese in considerazione due ipotesi.

Anzitutto il potere sostitutivo previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo di cui abbiamo già detto.

Nell'art. 2 della legge n. 241/1990 la previsione del potere sostitutivo si intreccia con la responsabilità per mancata o tardiva adozione del provvedimento che costituisce elemento di valutazione della performance del dirigente, nonché ipotesi di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile. Va aggiunto che per l'art. 2 *bis* le amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. E comunque in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo.

Quindi il potere sostitutivo si affastella chiaramente nella norma con la responsabilità da mancata performance, con la possibilità di attivazione di un procedimento disciplinare, la previsione di un indennizzo e del risarcimento: un vero e proprio «trattamento d'urto» per la cura dell'inerzia amministrativa³⁰.

Questo affastellarsi della disciplina del potere sostitutivo con quella delle responsabilità, la rinveniamo nell'art. 18 bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, introdotto dall'art. 41 del decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, sulla governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza che sanziona la violazione degli obblighi di transizione digitale.

Come è risaputo l'Agenzia per l'Italia Digitale esercita poteri di vigilanza, verifica e controllo sul rispetto delle disposizioni del CAD e di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione. Nel caso di violazioni procede alla contestazione nei confronti del trasgressore.

Le violazioni accertate dall'Agenzia rilevano ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comportano responsabilità dirigenziale e disciplinare. Poi, in caso di mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni o quando il soggetto non ottemperi all'obbligo di conformare la condotta, l'Agenzia applica una sanzione amministrativa pecuniaria.

Contestualmente segnala la violazione alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale che diffiderà ulteriormente il soggetto responsabile a conformare

³⁰ S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., 147.

la propria condotta agli obblighi previsti dalla disciplina vigente. Ed in mancanza potrà essere nominato un commissario *ad acta* incaricato di provvedere in sostituzione³¹.

Pertanto, le violazioni rilevano ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comportano responsabilità dirigenziale e disciplinare. E poi rilevano ai fini della irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ed ai fini della attivazione del potere sostitutivo.

6. *Il potere sostitutivo come sanzione ripristinatoria*

Questo intrecciarsi di poteri e di conseguenze al comportamento inerte dell'amministrazione tende verso il ripristino dell'efficacia dell'azione pubblica, il che costituisce il minimo comune denominatore delle ipotesi di esercizio del potere sostitutivo e ci consente di trarre una conclusione circa la natura del potere.

Dobbiamo a tal fine ricordare che Massimo Severo Giannini riteneva che il potere sostitutivo avesse natura sanzionatoria a carattere afflittivo³².

Oggi sappiamo che il carattere afflittivo non sempre connota il potere sanzionatorio. Il momento afflittivo della sanzione amministrativa appare prevalente se non determinante negli illeciti depenalizzati, con una funzione deterrente dissuasiva.

E tuttavia le sanzioni amministrative non sono sempre espressione di una mera potestà punitiva che si risolve nella applicazione ad un soggetto di una pena determinata secondo indici marcatamente personalizzati alla stregua della sanzione penale, in quanto il potere sanzionatorio viene attribuito talvolta per il perseguimento di interessi affidati alla cura di una amministrazione.

Si pensi al potere sanzionatorio attribuito alle amministrazioni indipendenti.

³¹ Nel caso di inerzia o ritardi riguardanti amministrazioni locali, si procede all'esercizio del potere sostitutivo di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

³² L'inquadramento della sostituzione tra i procedimenti ablatori di tipo repressivo sanzionatorio emerge dall'intervento di Massimo Severo Giannini al convegno di Cagliari del 1980 sull'esercizio del potere sostitutivo. Vedi *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere sostitutivo nei confronti dell'amministrazione locale, Atti del convegno di studi amministrativi*, Cagliari 19 – 20 dicembre 1980, Milano, 1983.

Ad esempio, la potestà sanzionatoria dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato prevista dalla legge 9 luglio 1990, n. 187 rappresenta un aspetto della funzione complessiva di detta Autorità che è insieme «pedagogica, dissuasiva e correttiva»³³ a completamento dei poteri ad essa attribuiti di controllo delle intese restrittive della libertà di concorrenza, dell'abuso di posizione dominante e delle operazioni di concentrazione³⁴.

Il carattere non affittivo della sanzione è ancora più evidente nei casi in cui il potere sanzionatorio dell'amministrazione tende con evidenza non tanto a punire una condotta illecita quanto piuttosto a ripristinare o conservare interessi pubblici prescindendo da ogni qualificazione della condotta tenuta dal soggetto.

Orbene, se il potere sostitutivo è finalizzato a ripristinare la legalità, l'efficienza, l'efficacia dell'amministrazione che rispetto al dovere di provvedere è rimasta inerte, può attribuirsi al potere sostitutivo la natura sanzionatoria e tuttavia non affittiva (per come invece riteneva Giannini) ma ripristinatoria³⁵.

La distinzione tra sanzioni affittive e ripristinatorie ha una immediata ricaduta sul piano procedimentale: invero, l'applicazione della sanzione amministrativa affittiva prevede un previo procedimento per l'accertamento e la valutazione della condotta illecita attraverso una indagine incentrata sulla condotta dell'agente secondo le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Invece, il provvedimento ripristinatorio-sanzionatorio, si caratterizza per il fatto che l'accertamento di responsabilità riguarda profili di ordine puramente oggettivo da accertare attraverso un modello procedimentale partecipato.

Tale distinzione risiede nel fatto che nei procedimenti ripristinatori è prioritario l'interesse alla restaurazione diretta dell'interesse pubblico violato, declinato – nel caso di esercizio del potere sostitutivo – nel dovere di provvedere.

Della soluzione potrebbe taluno dubitare tenuto conto che in taluni casi

³³ C. TEITGEN COLLY, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, cit., p. 28. Sul potere «persuasivo» dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, vedi P. AQUILANTI, *Poteri dell'autorità in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante (art. 12-15)*, in *Diritto antitrust italiano*, II, Bologna, 1993, p. 891, nota 17.

³⁴ Cfr. S. LICCIARDELLO, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto*, cit., p. 97 ed ivi nota 21; vedi pure M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1994 (2° ed.), p. 113; M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca impresa società*, n. 1/1995, p. 61.

³⁵ S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni ripristinatorie*, in *La Sanzione amministrativa. Parte generale*, Torino, 2011, 333 s.

il potere sostitutivo rappresenta non solo una deroga al sistema delle competenze ma anche una deroga alla legislazione. In questo senso si muove l'art. 57 del decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, l'art. 32 del decreto legge 9 agosto 2022, n. 115, l'art. 2 del decreto legge 17 febbraio 2022, n. 9, l'art. 4 del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, l'art. 12, comma 5 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77.

Quest'ultima disposizione, sulla *Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza, prevede che il titolare del potere sostitutivo provveda all'adozione dei relativi atti mediante ordinanza motivata «in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea»³⁶.

Si tratta in tutti i casi di esercizio del potere sostitutivo che non va confuso – per una diversa finalizzazione – con il potere di ordinanza *extra ordinem*, essendo il potere sostitutivo funzionale al superamento dell'inerzia amministrativa competente in via ordinaria e determinata – non può escludersi – dalla “oscurità” di una ipertrofica legislazione amministrativa³⁷.

Tuttavia, anche in questi casi possiamo qualificare il potere sostitutivo in termini di sanzione ripristinatoria. Ripristinatoria, della legalità di risultato declinazione del principio di buon andamento³⁸. Infatti, ciò che rileva

³⁶ Nel caso in cui la deroga riguardi la legislazione regionale, l'ordinanza è adottata, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, da adottarsi ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Nel caso in cui la deroga riguardi la legislazione in materia di tutela della salute, della sicurezza e della incolumità pubblica, dell'ambiente e del patrimonio culturale, l'ordinanza è adottata previa autorizzazione della Cabina di regia, qualora il Consiglio dei ministri non abbia già autorizzato detta deroga con la delibera adottata ai sensi del comma 1, ultimo periodo.

Per ulteriori previsioni che legittimano l'esercizio di un potere in deroga alla legge vedi art. 41 e 42 del decreto legge 26 marzo 2001, n. 151, art. 33 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 e art. 1 del decreto legge 7 agosto 2012, n. 129.

³⁷ Da ultimo S. CASSESE, *Decreti oscuri e dannosi*, in *Corriere della Sera*, 22 marzo 2025. In sostanza il legislatore anziché porre mano ad una semplificazione della legislazione che attarda l'agire pubblico, preferisce la strada del potere sostitutivo anche in deroga a quella legislazione.

³⁸ In questo senso vedi Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent., 23 giugno 2022, n. 5186.

per l'esercizio del potere sostitutivo è – come abbiamo visto – il risultato, che comunque va conseguito nel rispetto dei principi, così superando l'inerzia dell'amministrazione competente in via ordinaria.

7. *L'attivazione del potere sostitutivo da parte dei cittadini*

Adesso possiamo chiederci che ricadute questo ha sulla qualificazione del potere di attivazione che, come si è detto, spetta alla parte pubblica anche in concorrenza con la parte privata.

Correttamente, con le previsioni di poteri sostitutivi, si è ritenuto che «l'ordinamento non colloca più al centro della sua azione l'interesse privato, bensì, più in generale, l'interesse pubblico relativo al buon andamento amministrativo» e ciò in quanto «il problema dell'inerzia non investe soltanto il singolo individuo che si rapporta con l'amministrazione, ma ha effetti negativi anche sull'affidamento e sul relativo grado di fiducia che la comunità ripone in questa»³⁹.

Ciò trova conferma nella previsione dell'art. 2, comma 4 bis, della legge n. 241/1990, che prevede una condivisione pubblica, attraverso la pubblicazione nel sito internet istituzionale alla sezione «Amministrazione trasparente», dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti.

In questo contesto l'iniziativa per l'attivazione del potere sostitutivo, ancorché spettante al privato, non è solo strumento di tutela della propria situazione giuridica soggettiva, ma declinazione del principio di solidarietà, espressione del nuovo rapporto tendenzialmente paritario tra amministrazione e cittadino, retto dai principi di collaborazione e buona fede che debbono improntare reciprocamente i rapporti tra pubblico/privato⁴⁰.

In sostanza il cittadino non è estraneo all'effettivo compimento della doverosità della funzione amministrativa in ogni sua declinazione.

Cfr. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità ed amministrazione di risultato* (atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004.

³⁹ S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., 23 e 40.

⁴⁰ S. LICCIARDELLO, *Diritto amministrativo*, Firenze, 2020, 401.

Abstract

Dall'insieme delle disposizioni che prevedono un potere sostitutivo sembra che il tema della attivazione dell'esercizio di poteri sostitutivi sia del tutto asistemico. È necessario invece tentare una ricostruzione unitaria dell'istituto attraverso il metodo storico, così da cercare di comprenderne la natura, la funzione, gli scopi e gli interessi che vuole soddisfare. Per quanto l'istituto era ricondotto dalla dottrina del primo Novecento all'organizzazione, ed in particolare al tradizionale rapporto gerarchico, nel successivo passaggio da una organizzazione gerarchica ad una organizzazione per autonomie e responsabilità, l'iniziativa dell'attivazione del potere sostitutivo corrisponde ad un interesse pubblico che si declina nella soddisfazione degli interessi di cittadini, imprese, collettività e si allontana dalla funzione di controllo e coordinamento gerarchico, per legarsi al principio del risultato ed al suo soddisfacimento, senza avere carattere sanzionatorio afflittivo, ma piuttosto ripristinatorio. In questo contesto, l'iniziativa per l'attivazione del potere sostitutivo, ancorché spettante al privato, non è solo strumento di tutela della sua situazione giuridica soggettiva, ma declinazione del principio di solidarietà.

The activation of substitute power: from citizens to institutions

The provisions establishing substitute power appear disorganized. It is necessary to reconstruct the institution historically to understand its nature, function, purposes, and interests. Although initially tied to organization and hierarchical relationships, with the shift to autonomy and responsibility, the activation of substitute power responds to the public interest of citizens, businesses, and the community. Thus, it distances itself from hierarchical control and is linked to the principle of results and their achievement, without having a punitive nature but rather a restorative one. In this context, the initiative to activate substitute power, even if it is the responsibility of the private individual, protects their legal status and also expresses the principle of solidarity.

Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita

di Laura Lamberti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione dell'assistenza sanitaria e il diritto alla salute costituzionalmente garantito. – 3. La configurabilità del diritto alla salute procreativa e il ruolo della Corte costituzionale. – 4. La procreazione medicalmente assistita e i Livelli Essenziali di Assistenza. – 5. Il nodo del finanziamento. – 6. Conclusioni

1. *Premessa*

Grazie al progresso scientifico le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) hanno conosciuto una significativa evoluzione che ha reso sempre meno complesso realizzare il desiderio di genitorialità che, altrimenti, non avrebbe potuto essere soddisfatto. Esse vengono classificate in relazione alle modalità della loro realizzazione e si dividono in tecniche di I, II e III livello¹. Questo quadro è il frutto dell'evoluzione medico-scientifica sul l'argomento, che è stata ripresa nel contesto normativo, anche grazie agli importanti interventi della Corte costituzionale.

Si tratta di un tema che ha suscitato un intenso dibattito dottrinario, giurisprudenziale, etico e politico, nonché una lenta evoluzione normativa, ma la sua dimensione travalica i confini nazionali e la diversa regolamentazione, quanto ai presupposti e alle condizioni per l'accesso ai trattamenti, rappresenta una costante fonte di disparità di trattamento tra i soggetti che, volendo ricorrere a tali cure, si trovino in differenti condizioni socio-economiche².

¹ Le tecniche di I livello si riferiscono all'inseminazione semplice mentre quelle di II e III livello si riferiscono alle ipotesi di fecondazione extracorporea, che comporta la formazione di embrioni in vitro. Nelle ipotesi di fecondazione in vitro questa può avvenire sia con gameti entrambi appartenenti ai membri della coppia sia con gameti (uno o entrambi) donati da soggetto/i terzo/i. Nel primo caso si parla di fecondazione omologa, nel secondo eterologa. Per le tipologie di II e III livello, nel caso in cui nella procedura vengano utilizzati ovociti ed embrioni non precedentemente crioconservati, si parla di tecniche "a fresco", mentre nel caso in cui questo sia avvenuto, si parla di "tecniche di scongelamento"

² D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Milano, 2021, 208 ricorda come

La prospettiva adottata nella presente indagine muove dal richiamo dei tratti peculiari del diritto alla salute, costituzionalmente garantito, per verificare se e in che modo possa essere configurato un diritto a procreare o, più genericamente, un diritto alla genitorialità quale sua esplicazione. Viene, quindi, esaminata l'organizzazione del SSN soffermandosi sui due aspetti che ne costituiscono i tratti caratterizzanti: da un lato il pluralismo istituzionale che rappresenta fattore di innegabile complessità in relazione alla parità di trattamento nell'erogazione delle prestazioni sanitarie sul territorio nazionale; dall'altro il sistema dei LEA che costituiscono lo strumento attraverso il quale collegare il tema della tutela della salute alle risorse economiche, giungendo a verificare le sfide che derivano dalle novità normative registratesi rispetto alla procreazione medicalmente assistita.

2. *L'evoluzione dell'assistenza sanitaria e il diritto alla salute costituzionalmente garantito*

Per mettere a fuoco il ruolo dell'assistenza sanitaria rispetto alla procreazione medicalmente assistita occorre muovere dall'analisi del diritto alla tutela della salute garantito dalla Costituzione e verificare se, ed entro quali limiti, possa considerarsi emerso un diritto alla tutela della salute riproduttiva.

Come noto, in Italia, l'assistenza sanitaria origina dalla *hospitalitas*

numerosi Stati europei si siano dotati di una organica disciplina in questo ambito molto prima dell'Italia segnalando, in questo senso, la Svezia, la Norvegia, la Spagna, la Germania, il Regno Unito, l'Austria e la Francia, tutte dotate di una normazione tra la fine degli anni Ottanta e la metà dei Novanta. Diversamente, fino al 2004, il legislatore italiano non è intervenuto a legiferare il tema che era stato terreno di interventi ripetuti da parte della giurisprudenza. L'Autrice opera un'approfondita ricostruzione della condizione giuridica delle tecniche di procreazione medicalmente assistita precedente all'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40, sottolineando la necessità di chiarire che "l'assenza di una puntuale regolazione legislativa non si traduceva affatto in un generalizzato divieto di ricorrere a pratiche mediche atte a rendere possibile o facilitare la procreazione, non essendo esse da considerarsi, in linea di principio, incompatibili con alcuna norma imperativa dell'ordinamento italiano. Peraltro, l'inesistenza di una disciplina specifica non faceva venir meno la possibilità di individuare, per via interpretativa, limiti determinati e idonei a circoscrivere le attività sanitarie di cui si parla, temperando almeno in parte il rischio che un loro incontrollato esercizio compromettesse irrimediabilmente beni giuridici oggetto di tutela all'interno del sistema".

cristiana. Le organizzazioni religiose avevano, infatti, l'esclusiva gestione dell'assistenza ai malati, sostituite, in un secondo momento, da organizzazioni laiche sempre riconducibili ad attività di tipo privato e non pubblico. Ciò comportava l'impossibilità di configurare una situazione giuridica caratterizzata da individualità e autonomia, alla quale corrispondesse, specularmente, la prestazione del servizio in maniera doverosa, a carico delle istituzioni pubbliche. Il coinvolgimento dei poteri pubblici, in ordine all'assicurazione della salute delle persone, sussisteva esclusivamente nel caso in cui vi fosse il pericolo di diffusione epidemica, in attuazione di politiche pubbliche igienico-sanitarie connesse alla tutela dell'ordine pubblico, in piena coerenza con le coordinate culturali dello Stato liberale. Questa impostazione muta con l'avvento dello Stato pluriclasse in cui si sviluppa un'organizzazione delle attività di cura e assistenza, sempre più composita e complessa «di cui si fanno gradualmente carico i pubblici poteri, ponendo le basi per la conquista della scena da parte dei diritti sociali riconosciuti e affermati nell'avvento dello Stato sociale novecentesco»³.

Rispetto a questa realtà, nell'ambito dell'Assemblea costituente, viene elaborato il testo dell'art. 32 al quale i costituzionalisti si riferiscono come ad un esempio paradigmatico di presbiopia di cui sono stati capaci i Costituenti. L'esame della disposizione⁴ fornisce indicazioni di grande rilievo essendo necessario soffermarsi «sul tono, sulle categorie concettuali e sulle formule verbali, sui significati e i significanti della disposizione che recano con sé il rivolgimento culturale che l'intera Carta produrrà e del cui *humus* è prodotto»⁵. Tra i tanti profili degni di analisi tre aspetti emer-

³ R. BALDUZZI e D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 13.

⁴ Art. 32 Cost.: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

⁵ R. BALDUZZI e D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, cit., 19 i quali rilevano come «la fecondità e la lungimiranza della formula costituzionale che ha accolto e sancito il diritto alla salute rivelano lo spirito radicalmente nuovo di cui essa si nutre, a dispetto anche di una piena consapevolezza sulla portata del diritto in parola che mancò probabilmente in diversi settori dell'Assemblea costituente. La presbiopia a cui erano costrette le forze politiche ivi

gono in maniera inequivoca: la qualificazione della tutela della salute come diritto fondamentale, unico nel decalogo costituzionale, con un diretto collegamento al disposto dell'art. 2; il suo riconoscimento come diritto dell'individuo e allo stesso tempo interesse della collettività; l'affidamento della sua assicurazione alla Repubblica e quindi a tutte le realtà istituzionali che la compongono⁶.

Particolare rilievo assume la contemporanea considerazione della dimensione personale e collettiva della tutela della salute⁷. Dimensioni che spesso convergono ma che possono essere anche confliggenti, come è emerso nell'esperienza pandemica. La necessità di contrastare il virus ha richiesto una nuova definizione di tutela della salute connessa alla circostanza che la protezione dei soggetti più fragili poteva essere attuata solo grazie al comportamento responsabile di tutti, attraverso misure che hanno imposto la compressione più significativa mai vissuta dei diritti costituzionali⁸.

Nel diritto alla salute sancito dall'art. 32 convivono anche le sue

rappresentate a fronte delle incertezze dell'immediato futuro produsse in un paradosso che fu solo apparente la grande lungimiranza che la storia ha riconosciuto al costituente e al suo edificio e questa dinamica interessò paradigmaticamente anche la formulazione dell'articolo 32».

⁶ Per quanto concerne la disciplina euro unitaria il riferimento normativo è l'art. 6, lett. a), TFUE che attribuisce all'Unione europea la competenza a realizzare gli interventi di sostegno, coordinamento e completamento delle azioni dei singoli Stati nei diversi settori come la tutela e il miglioramento della salute umana. All'art. 168 si stabilisce poi, in maniera specifica, che nella realizzazione delle diverse politiche e attività debba sempre essere assicurato un alto livello di tutela della salute dell'essere umano.

⁷ R. CAVALLO PERIN, *L'interesse delle collettività alla tutela della salute*, in *Dir. Amm.*, 3, 2024, 745.

⁸ Con il dilagare del COVID 19 l'intimo conflitto tra la dimensione personale e collettiva del diritto alla salute è tornato di drammatica attualità e, in assenza di certezze circa il possibile andamento del virus, per l'assunzione delle decisioni pubbliche in materia sanitaria, si è fatto ricorso all'applicazione del principio solidaristico quale valore fondante del nostro sistema costituzionale. In applicazione di tale principio si è azzerata la possibilità, per il singolo, di tenere comportamenti incompatibili con le indicazioni sanitarie di contenimento del virus. La possibilità di scegliere è stata normativamente qualificata come recessiva rispetto alla necessità di tutelare la collettività che da tale comportamento individuale potesse ricevere una lesione, risultando del tutto ininfluyente che questa scelta derivasse dalla piena consapevolezza delle possibili conseguenze sulla propria salute, quale espressione del consenso informato che costituisce il più moderno baluardo personalistico del diritto alla tutela della salute.

dimensioni negativa e positiva. La prima, in origine ancorata al principio del *neminem laedere*, è oggi garanzia della libertà di cura e libertà dalle cure, in ossequio al principio costituzionale per il quale nessuno può essere obbligato a trattamenti sanitari se non per disposizione di legge e sempre nel rispetto della persona umana. In ordine a tale profilo, particolarmente significativa è stata l'approvazione della legge 22 dicembre 2017, n. 219 che disciplina in maniera puntuale la relazione medico-paziente, garantendo la piena simmetria basata sull'autodeterminazione del paziente e sulla corrispondente competenza del medico quali elementi dell'alleanza terapeutica⁹.

Quanto alla dimensione positiva della tutela della salute, riferita al contenuto della pretesa rispetto all'esistenza e alla fruibilità di servizi sanitari idonei a tutelare e migliorare la condizione di salute delle persone, essa permette di configurare il diritto alla salute come un diritto a prestazioni positive. In questa prospettiva è possibile identificare cosa l'individuo possa pretendere e la Repubblica sia obbligata ad assicurare, elemento che emerge in maniera definitiva con l'istituzione del SSN da parte della legge 23 dicembre 1978, n. 833 ispirata ad una concezione universalistica, ugualitaria e onnicomprensiva del servizio sanitario.

⁹ La legge 22 dicembre 2017, n. 219 recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* disciplina inoltre: il divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e il rispetto della dignità nella fase finale della vita quali elementi fondanti dell'alleanza assistenziale concernente la terapia del dolore; l'acquisizione del consenso informato nei minori ed incapaci; le disposizioni anticipate di trattamento; la pianificazione delle terapie fondate sulla condivisione tra medico e paziente rispetto ai casi di malattie croniche ed esito infausto. Si tratta di un intervento normativo molto atteso che è stato, da taluni, identificato come un vero e proprio traguardo ma che, a ben guardare, deve essere considerato come una tappa importante di un percorso ancora da completare. Sul tema cfr. Forum 3 La legge n. 219 del 2017, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal 3 Rivista di BioDiritto*, 1, 2018; F. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 3 e ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; P. BORSELLINO, *"Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 8-9, 789 e ss; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019.

3. *La configurabilità del diritto alla salute procreativa e il ruolo della Corte costituzionale*

L'indagine relativa al contenuto del diritto alla salute, e ai suoi mobili confini che hanno reso difficile la sua esatta perimetrazione, è importante per comprendere l'evoluzione del concetto di salute nel tempo. In particolare, è rilevante per verificare la configurabilità di un diritto alla salute procreativa o, più in generale, di un diritto alla genitorialità.

Rispetto a questo tema il giudice costituzionale ha rivestito un ruolo determinante provvedendo a adeguare il contenuto del diritto alla salute alla concreta realtà in cui la persona vive e interagisce, costantemente ridefinita dal progresso scientifico e dalla conseguente evoluzione della stessa concezione socioculturale di salute. Così, accanto al nucleo minimo (e incompressibile) di garanzia dell'integrità psicofisica, sono state aggiunte, grazie alle pronunce interpretative e additive della Corte costituzionale, anche la protezione del complessivo benessere fisico, mentale e sociale della persona, al quale è stato ricondotto anche il diritto alla salute ambientale¹⁰.

Nell'alveo di questo processo evolutivo si inserisce il progresso compiuto in ordine all'emersione del diritto alla salute riproduttiva, con specifico riguardo all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA). Il riferimento normativo è la legge 19 febbraio 2004, n. 40¹¹ che è stata oggetto di numerose e importanti pronunce della Corte

¹⁰ Rispetto alla capacità del concetto di salute di evolversi in relazione al mutare delle condizioni storiche e sociali cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020, in cui si chiarisce come non sia possibile individuare un'autonomia concettuale della salute, che appare quale elemento intimamente connesso e non separabile della persona umana. Essa si pone quale unità valoriale che assume diverse declinazioni di volta in volta individuate dalla giurisprudenza, in ossequio al principio di legalità, attuando e specificando il dettato costituzionale.

¹¹ Norme in materia di procreazione medicalmente assistita in G.U. n. 45 del 24/02/2004. Prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004, erano emersi numerosi segnali della necessità di un intervento normativo che non si erano tuttavia concretizzati a causa della complessità delle questioni implicate in una scelta legislativa su questo argomento. Nonostante le molte proposte di legge e l'istituzione di un'apposita commissione, l'Italia ha registrato, come detto, un significativo ritardo rispetto a molti Stati europei. Per una completa ricostruzione del tema e del ruolo svolto dalla l. 40/2004 si veda, da ultimo F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli 2020; in termini generali in dottrina, sulla norma in parola, cfr.

costituzionale che hanno corretto in modo significativo le sue disposizioni.

Nella sua ispirazione originaria la norma si poneva l'obiettivo di consentire l'accesso alle pratiche di fecondazione assistita come rimedio ad una condizione patologica di sterilità o infertilità, anche ove le stesse non fossero spiegabili secondo parametri rigorosamente scientifici (c.d. infertilità idiopatica). Essa, tuttavia, nel suo testo originario, aveva enormi lacune che non consentivano di garantire tale obiettivo. Si pensi, ad esempio, al limite relativo alla produzione embrionaria e all'obbligo del loro contestuale impianto, ritenuto costituzionalmente illegittimo con la sentenza 8 maggio 2009 n. 151¹², al divieto di avvalersi di gameti donati da terzi per rimediare ad una condizione di sterilità assoluta di uno o entrambi i membri della coppia, dichiarato incostituzionale con la sentenza 8 maggio 2009 n. 151¹³, e infine al divieto per le coppie non sterili, ma affette da patolo-

M. OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto – Dossier mensile. Le prospettive della famiglia*, 3, 2004, 50 ss.; G. RAZZANO, *La legge sulla procreazione assistita. Perché sì*, in *Quad. cost.*, 2004, 383 ss.; S. AGOSTA, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 95; E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 381 ss.; A. MUSUMECI, *referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2005; A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 marzo 2004; L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 793 ss.

¹² Corte cost. 8 maggio 2009 n. 151 che ha suscitato numerosi commenti, tra i quali si vedano: L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1021 ss.; S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 settembre 2009; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010, 1265 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, in *Giur. cost.*, 2009, 1696 ss.

¹³ Corte costituzionale 10 giugno 2014, n.162 che ha aperto la strada alla fecondazione eterologa sulla base del riconoscimento della sua funzionalizzazione a risolvere problemi riproduttivi sulla quale: A. MUSUMECI, *«La fine è nota». Osservazioni a prima lettura*

gie a trasmissione genetica, di ricorrere alla PMA con diagnosi genetica preimpianto, rimosso con la sentenza 5 giugno 2015, n. 96¹⁴.

L'interpretazione operata dalla Corte costituzionale della l. n. 40/2004 ha contribuito alla creazione del diritto vivente in una materia ricca di implicazioni, etiche e sociali ma anche politiche e culturali. L'obiettivo era trovare un punto di equilibrio tra la necessità di non sostituirsi al legislatore e non invadere la sfera di discrezionalità legislativa e l'esigenza di dare una risposta di giustizia sulla compatibilità costituzionale di un testo normativo che, nei fatti, governa la possibilità genitoriale nel nostro paese. Il tutto in costante dialogo con la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo non solo in relazione a queste problematiche ma anche ai molteplici e connessi profili che riguardano i temi della famiglia e della genitorialità.

Accanto alle sentenze appena richiamate occorre anche ricordare altre pronunce, molto dibattute, che hanno rigettato alcune questioni di costituzionalità particolarmente rilevanti. Si trattava di rimessioni in cui si proponeva un'interpretazione più estensiva del concetto di tutela della salute

alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in Osservatorio A/C, 2/2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 luglio 2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 giugno 2014; C. TRIPODINA, *Il «diritto al figlio» tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, 2593 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 giugno 2014.

¹⁴ Corte costituzionale 5 giugno 2015, n. 96 che, come le precedenti, è stata oggetto di numerosi commenti tra i quali cfr.: A. LANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 2015, 805 ss.; G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 582 ss.; M.P. LADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, 797 ss.; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 giugno 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti «rafforzati»*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 luglio 2015.

e di impossibilità a procreare. Paradigmatica, in questo senso, è la sentenza 23 ottobre 2019, n. 221¹⁵ che, secondo una parte della dottrina, costituisce un arretramento ingiustificato dei diritti di uguaglianza e parità di trattamento rispetto alle coppie omosessuali. Con la sentenza n. 221/2019 la Corte ha assunto posizioni molto nette anche rispetto al divieto della gestazione per altri che non era oggetto specifico del suo esame¹⁶.

I sostenitori della necessità di un allargamento della accessibilità alla PMA anche alle coppie *same sex* operano una lettura estensiva del concetto di salute individuale ma anche della coppia (che era stato per la verità il fondamento della pronuncia che ha aperto alla fecondazione eterologa per le coppie eterosessuali). Gli stessi auspicano la possibilità di pronunce che operino un'apertura anche rispetto al divieto di gestazione per altri che costituisce la frontiera più importante per le coppie eterosessuali o omosessuali femminili che non possono portare a termine una gestazione

¹⁵ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221 sulla quale cfr. A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giur. cost.*, 2019, 2633 ss.; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giur. cost.*, 2019, 2622 ss.; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giur. cost.*, 2019, 2613 ss.; N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, in *federalismi.it*, 6, 2021, 282 ss.

¹⁶ La pronuncia ricorda come tale pratica sia vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004. Sempre in tema di gestazione per altri occorre richiamare anche la successiva sentenza n. 33 del 27 gennaio 2021 in cui la Corte, affrontando il delicato tema dello stato giuridico del minore nato da maternità surrogata rispetto alla possibilità di riconoscimento da parte del genitore d'intenzione, è tornata a ribadire la necessità di un intervento del legislatore affermando che "il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore". Occorre infine ricordare che il rilievo penale del ricorso alla gestazione per altri nel nostro ordinamento è stato da ultimo inasprito con la previsione della sua natura di reato universale ad opera della legge 4 novembre 2024, n. 169.

“in proprio” e naturalmente per le coppie omosessuali maschili, inquadrando anche questa ipotesi come una forma di “cura” rispetto all’impossibilità di avere figli.

Nel panorama dottrinario, rispetto alla possibilità di rivedere i limiti soggettivi e oggettivi che la l. n. 40/2004 prevede per la procreazione medicalmente assistita (e a maggior ragione per la gestazione per altri), alcune ricostruzioni, per la verità minoritarie, negano la correttezza di ricondurre l’accesso a queste pratiche all’applicazione del diritto alla salute, rivendicando la necessità di inquadrare l’utilizzo della PMA quale espressione della libertà personale. Questa si spingerebbe a ricomprendere, nel diritto di autodeterminazione, non soltanto la garanzia della possibilità di procreare ma anche la scelta circa le modalità attraverso le quali farlo¹⁷. Occorre sul punto ricordare che il quadro giuridico di riferimento, a proposito del divieto di gestazione per altri, ha subito una significativa modificazione con l’approvazione della l. n. 169/ 2024, che qualifica la gestazione per altri come reato universale e quindi punibile anche ove commesso al di fuori dei confini nazionali.

¹⁷ Su questo aspetto cfr. M.P. IADICICCO, *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 421 per la quale “una delle più intricate e dibattute questioni, che investe questo ambito, sta proprio nella possibile qualificazione di tale pretesa come diritto umano inviolabile ed universale “a divenire genitore”, che, ai sensi dell’art. 2 Cost., possa assurgere a “nuovo” diritto costituzionale o ricondursi, anche per altre vie, ad un più ampio e generale diritto all’autodeterminazione, declinabile nel caso specifico come di diritto all’autodeterminazione riproduttiva o procreativa”. L’Autrice ritiene di non poter aderire a questa ricostruzione che “pare foriera di pericolosi equivoci, specie quando l’autodeterminazione non viene correttamente intesa come autonomia relazionale. Non solo occorre ricordare che nel nostro ordinamento costituzionale trova riconoscimento e tutela non già il soggetto, astratto e isolato, ma una persona situata e plasmata dai valori e impegni relazionali in cui è calata, ma è opportuno precisare anche che il processo procreativo, in tutte le sue fasi, vive in una dimensione necessariamente relazionale, anzi, doppiamente relazionale, dovuta alla contemporanea presenza di relazioni tra il sé e l’altro generatore e tra questi e il generato.” Il tema viene approfondito *funditus* in M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020.

4. *La procreazione medicalmente assistita e i Livelli Essenziali di Assistenza*

L'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale nasce con l'entrata in vigore della l. n. 833/1978, sulla base dei principi fondamentali della globalità delle prestazioni e dell'universalità dei destinatari, definendo gli aspetti organizzativi dell'apparato amministrativo preposto ad assicurare le prestazioni che consentano agli individui di godere di un'effettiva assistenza sanitaria, anche in relazione alla salute procreativa. Il SSN è stato strutturato sul sistema delle attuali aziende sanitarie locali (in origine unità sanitarie locali) che coprono in maniera capillare l'intero territorio nazionale. La finalità della l. n. 833/1978, in base al disposto dell'art. 1, consiste nell'assicurare *la promozione, il mantenimento e il recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio*. La disposizione prosegue nell'individuare il SSN come il complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività dirette a realizzare le finalità sopra menzionate, la cui attuazione è affidata ad un sistema fondato sul pluralismo istituzionale in cui lo Stato, attraverso la struttura del Ministero della salute, è coinvolto nell'esercizio delle competenze programmatiche e di regolazione della spesa, e le Regioni che si occupano della concreta organizzazione del servizio con l'attribuzione di tutte le funzioni e i compiti amministrativi.

Questo sistema è rimasto confermato e valorizzato dalla riforma del titolo V della Costituzione in cui è prevista la competenza legislativa concorrente sulla materia, e dalla quale, sono tuttavia derivati, numerosi problemi in ordine al concreto funzionamento delle competenze tra i diversi livelli di governo e alle difficoltà di conciliare l'uniformità e la differenziazione. In particolare, il profilo relativo agli aspetti finanziari dei rapporti tra Stato e Regioni in materia sanitaria, ha assunto un rilievo determinante con specifico riguardo ai sistemi di finanziamento della spesa e ai meccanismi della sua distribuzione.

Presupposto indefettibile è l'equilibrio tra le prescrizioni dell'art. 32 Cost., da leggere in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, e le norme costituzionali che sanciscono i vincoli di bilancio di cui agli artt. 81, c. 1 e 4, 97, c. 1, e 119, c. 1 e 6, Cost., come modificati dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 che ha introdotto la regola dell'equilibrio di bilancio

in attuazione del “Fiscal Compact”¹⁸. Si tratta di un rapporto di tensione reciproca aggravata dal fatto che il settore sanitario costituisce terreno d’elezione per i conflitti tra Stato e Regioni. Anche su questo terreno è stato determinante il ruolo della Corte costituzionale, che oltre a contribuire all’individuazione del contenuto del diritto alla salute, ha riconosciuto la necessità che le diverse prestazioni di cui esso si compone vengano individuate anche alla luce delle risorse finanziarie a disposizione¹⁹.

L’individuazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) ha consentito di trovare un punto di equilibrio rispetto al fisiologico antagonismo tra universalità e globalità della tutela e risorse disponibili. I LEA identificano, infatti, le prestazioni e i servizi che il SSN è tenuto ad assicurare alla generalità dei consociati in condizioni di uniformità per tutti e su tutto il territorio nazionale identificando, quindi, il contenuto minimo del diritto alla salute come previsto dalla Costituzione.

La disciplina positiva dei LEA è stata introdotta con il Decreto Legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, in cui si stabiliva anche la possibilità, per le Regioni che potessero farlo, di adottare standard più alti rispetto a quelli previsti dai LEA, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, sempre che fossero in grado di coprire il relativo costo economico. Il D.P.C.M. 29 novembre 2001 ha provveduto a classificare e realizzare la nomenclatura delle prestazioni sanitarie in relazione alla loro possibilità di essere erogate, successivamente riformata con il D.P.C.M. 23 aprile 2008. La Corte costituzionale, in ordine alla centralità dei Livelli essenziali di assistenza, ha affermato come “il riconoscimento di una prestazione sanitaria quale Livello Essenziale di Assistenza, in quanto espressione immediata del

¹⁸ Nel 2012, a seguito dell’aggravamento della crisi economica che ha portato alla crisi dei debiti sovrani, è stato adottato il Fiscal Compact (contenuto nel Trattato sulla stabilità il coordinamento e la *governance* dell’unione economica e monetaria – TSCG), volto al rafforzamento della disciplina di bilancio degli Stati aderenti al trattato. Si tratta di un accordo esterno alla normativa UE che si applica agli Stati che lo hanno ratificato, che comporta stringenti vincoli e prescrizioni ma consente di accedere al MEF.

¹⁹ In questo senso cfr. Corte costituzionale n. 275 del 2016: “una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto [fondamentale] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali [...]. È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Sul tema si veda, da ultimo, F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, Torino, 2016, 193, F. MINNI A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.rivistaaic.it.

Diritto alla Salute costituzionalmente tutelato e dell'assistenza minima che lo Stato si impegna a fornire a ogni cittadino per rendere effettivo tale diritto, comporta un immediato obbligo da parte di tutti gli Enti pubblici coinvolti (Stato, Regioni, Asl) ad erogare il servizio in modo prioritario rispetto ad ogni altro vincolo o obbligo degli stessi enti”.

Risulta chiara la grande importanza rivestita dal riconoscimento delle prestazioni di procreazione medicalmente assistita (omologa ed eterologa) quali LEA avvenuta nel D.P.C.M. 12 gennaio 2017. In questo modo sono state definitivamente superate le posizioni che ancora contestano la correttezza teorica di riportare le tecniche di procreazione medicalmente assistita all'alveo di tutela dell'art. 32 Cost. Ciò in base al rilievo che anche le sempre più avanzate tecniche, in realtà, non “curino” la reale possibilità di procreazione²⁰. Al contrario l'introduzione nei LEA testimonia che, al di là delle dichiarazioni di principio, solo con l'assunzione dell'onere economico necessario per la sua prestazione, un diritto a prestazioni positive, quale è quello della salute, può considerarsi effettivamente assicurato e tutelato. Grazie a questa novità è stata definitivamente riconosciuta la natura patologica dell'infertilità e la conseguente necessità che questa possa (e debba) essere curata assicurando un accesso uniforme alle tecniche di PMA.

5. *Il nodo del finanziamento*

Tornando agli aspetti finanziari e specificamente alla modalità attraverso la quale i LEA vengono finanziati, occorre ricordare come la Corte costituzionale sia giunta a riconoscere che il nucleo incompressibile di tutela del diritto alla salute, una volta stabilito attraverso la definizione dei LEA, diviene sostanzialmente impermeabile a verifiche successive di sostenibilità economica. Determinante, sotto questo profilo, è stata la scelta, operata con il decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 299, che la definizione dei livelli di assistenza avvenga contestualmente a quella

²⁰ Così M.P. IADICICCO, *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, cit., 436 la quale rileva come alcune critiche provengano «da quanti, pur non negando che alcune scelte in ambito riproduttivo possano essere giustificate anche da esigenze terapeutiche, *lato sensu* intese, finiscono però per concepire queste prestazioni sanitarie e il loro sempre più ricorrente utilizzo come un “lusso”, non compatibile con la limitatezza delle risorse economiche devolute alla sanità».

delle risorse a disposizione del servizio sanitario e compatibilmente con il quadro macroeconomico del sistema pubblico e del Paese. D'altro canto, la mancanza di adeguati strumenti di calcolo della spesa globale, accresciuta esponenzialmente da un intreccio di competenze in grado di provocare un'eccessiva moltiplicazione dei centri di autonomia dei diversi livelli di governo, rappresenta un fondamentale «vizio d'origine» della l. n. 833/1978 istitutiva del SSN²¹. Una difficoltà certamente non risolta con l'entrata in vigore della riforma del titolo V e del sistema fondato sul federalismo fiscale che doveva essere presupposto essenziale per la capacità di funzionamento del sistema sanitario multilivello ma al quale non si è riusciti a dare concreta realizzazione in particolare quanto alla individuazione dei costi e dei fabbisogni standard.

Il quadro sarà, inoltre, significativamente condizionato dalle modalità di attuazione dell'autonomia differenziata, il cui banco di prova più complesso è naturalmente la sanità che, come detto, costituisce il settore che più di qualsiasi altro è alla continua ricerca di un equilibrio tra istanze regionali e limiti nazionali. Si tratta di un tema che occupa il dibattito istituzionale, politico e dottrinario dall'entrata in vigore della riforma del Titolo V e che ha visto, nell'ultimo anno, l'intervento della legge 26 giugno 2024 n. 86 e della sentenza della Corte costituzionale 3 dicembre 2024, n. 192 che, sulla sua legittimità costituzionale, si è pronunciata. Lo specifico oggetto di questo approfondimento non consente di affrontare un tema di così vasta e rilevante portata, se non rilevando che questo aspetto avrà un rilievo determinante anche in relazione all'ambito della procreazione medicalmente assistita, rischiando di aumentare le differenze tra regioni e quindi le disuguaglianze tra cittadini.

Per quanto concerne l'applicazione della disciplina relativa al finanziamento e all'erogazione dei LEA sono stati registrati tra Stato e Regioni²²

²¹ Così F. MERUSI, *Introduzione*, in *Unità sanitarie e istituzioni*, a cura di Id, Bologna, 1982, 10 ss. Questo problema è stato efficacemente stigmatizzato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 254 del 1984 (estensore Paladin), in cui si individuano complessità che ancora oggi si cerca di affrontare e risolvere.

²² Con il Decreto del Ministero della Salute 12 dicembre 2001 si è provveduto a disciplinare gli strumenti di verifica della reale erogazione delle prestazioni, in maniera uniforme, su tutto il territorio nazionale, attraverso un insieme di indicatori che permettano di valutare l'assistenza concretamente erogata in relazione agli obiettivi di tutela individuati. Con il D.P.C.M. 12 gennaio 2017 è stato realizzato l'aggiornamento dei LEA. Il provvedimento, a differenza del precedente, si è posto come fonte primaria in tema

numerosi conflitti²³. Così come numerose sono state le pronunce della Consulta che hanno consolidato la giurisprudenza sul tema, tornando ad affrontare il rapporto tra vincoli di bilancio e concreta assicurazione dei LEA²⁴. In tali arresti la Corte ha confermato la collocazione della spesa sanitaria tra le spese costituzionalmente necessarie e quindi in posizione di priorità logica rispetto alla decisione politica, con conseguente riduzione della discrezionalità del legislatore²⁵. In questo modo emerge la necessità di affrancare i LEA, quale nucleo indefettibile del diritto alla salute, dai vincoli di bilancio, nella consapevolezza, richiamata dalla Corte, che il vincolo alle risorse disponibili è un elemento esogeno e connesso alle disponibilità concretamente esistenti. Queste, tuttavia, una volta identificate e destinate alla copertura dei LEA risultano vincolate in base ad una scala di priorità che si impone rispetto agli altri obiettivi di bilancio.

Questo profilo si lega in maniera forte all'ulteriore aspetto dei rapporti tra livelli di governo e risorse finanziarie²⁶. La Corte, infatti, richiamando

di definizione delle prestazioni sanitarie, senza rinvio ad altre normative vigenti come accadeva per il D.M. del 2001. La legge 30 dicembre 2021, n. 234 (legge di bilancio 2022) al comma 288 dell'art. 1, finalizza, dal 2022, 200 milioni di euro della quota indistinta del fabbisogno sanitario standard nazionale, all'aggiornamento dei LEA.

²³ Il riferimento normativo è l'art. 20 del decreto legislativo n. 118 del 2011 che prescrive la necessità di dare evidenza contabile alle entrate e alle spese destinate ai LEA definiti dal legislatore statale rispetto ai livelli di assistenza sanitaria superiori. Ne consegue l'inutilizzabilità di risorse che siano allocate in bilancio per finanziare i LEA per coprire voci di spesa, anche sanitaria, ma che non corrispondano ad essi. Solo nell'ipotesi in cui le Regioni non sottoposte a piani di rientro, gestendo virtuosamente le risorse, raggiungano risparmi di bilancio nonostante la piena realizzazione della qualità delle prestazioni relative ai livelli essenziali, potranno destinare tali risparmi a diverse finalità sanitarie.

²⁴ Si vedano le pronunce Corte Costituzionale 12 luglio 2017, n. 169, Corte Costituzionale 11 gennaio 2019, n. 6, Corte Costituzionale 2 luglio 2019, n. 197 e in maniera particolare Corte Costituzionale 10 aprile 2020, n. 62.

²⁵ Così F. SUCAMELI, La tutela multilivello del diritto alla salute: guida alla lettura di Corte cost. n. 62/2020, reperibile online sul sito www.dirittoeconiti.it. Sul tema si veda anche C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; F. MASCI, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

²⁶ Chiarisce infatti la Corte che «Il sistema italiano di tutela della salute si sviluppa su due livelli di governo: quello statale, il quale definisce i livelli essenziali di assistenza che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire ai cittadini e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene

quanto già affermato in altre pronunce²⁷, rileva come la loro proiezione, rispetto al fabbisogno regionale, richieda il necessario coinvolgimento delle Regioni stesse. In quest'ottica, soffermandosi sulla necessità che la dialettica tra centro e Regioni sia improntata al principio di leale collaborazione, rileva come tale principio assuma un contenuto concreto consistente nella specificazione delle risorse da destinare ai particolari fabbisogni quale espressione di una doverosa cooperazione per assicurare il miglior servizio possibile alla collettività. Particolarmente efficaci le parole usate sul punto dalla Consulta: «in definitiva, la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario».

I temi relativi alla modalità di calcolo e distribuzione delle risorse rispetto ai LEA, sopra richiamati, costituiscono un aspetto particolarmente rilevante anche in relazione al tema della procreazione medicalmente assistita per una pluralità di ragioni. La distribuzione delle risorse da destinare alle prestazioni di PMA costituirà il punto determinante della loro realizzazione in maniera idonea e appropriata nelle diverse Regioni.

Occorre inoltre rilevare che, nell'ambito delle prestazioni che sono state inserite nei LEA, e per le quali sussiste la copertura, mancano molte attività di diagnosi precedenti alla decisione di utilizzare tecniche di PMA oltre a numerose attività di supporto e cura, alla coppia e alla donna, sotto il profilo non solo clinico ma anche psicologico. Ciò comporta che i reali costi che dovranno essere sopportati per realizzare il desiderio di genitorialità, necessitando di cure, potranno ancora una volta essere molto diversi a seconda

il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto dei suddetti LEA. La presenza di due livelli di governo rende necessaria la definizione di un sistema di regole che ne disciplini i rapporti di collaborazione, nel rispetto delle reciproche competenze. Ciò al fine di realizzare una gestione del sistema sanitario efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, le quali prevedono la separazione dei costi necessari, inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica».

²⁷ Cfr. Corte cost.n. 169/2017 circa l'obbligo del legislatore statale di determinazione dei LEA.

dell'avanzamento delle strutture sanitarie presenti nelle diverse regioni, non solo sotto il profilo del personale e delle attrezzature, ma anche rispetto alla consapevolezza dei plurimi e diversi bisogni di cura che sussistono per affrontare un percorso del genere.

Occorre inoltre ricordare che, affinché questa previsione di principio potesse diventare concretamente operativa, occorre l'emissione dei decreti di approvazione delle tariffe la cui adozione è stata sistematicamente rinviata negli anni ed è avvenuta solo nel giugno del 2023, con previsione di entrata a regime nel gennaio 2024, rinviata al primo gennaio 2025 a causa della difficoltà di molte Regioni nel far fronte alle relative prestazioni²⁸. Le complessità per la definizione e l'entrata in vigore del nuovo nomenclatore e tariffario per la specialistica ambulatoriale, sono inoltre aumentate a causa delle azioni giudiziarie promosse, da numerosi operatori privati, che hanno impugnato il nuovo tariffario dinanzi al Tar Lazio, lamentando l'insufficienza delle risorse messe a disposizione e dei conseguenti rimborsi previsti per i laboratori, le cliniche convenzionate e i centri privati accreditati. Dopo la concessione di una misura cautelare, immediatamente revocata in ragione del caos che avrebbe determinato, il Tar ha fissato l'udienza pubblica per la trattazione nel merito della vicenda per fine maggio. È evidente che gli esiti di questa vicenda avranno un centrale rilievo, in termini generali, per l'equilibrio del settore sanitario e in maniera particolare in relazione al tema che ci occupa.

Sulla base dell'ultima Relazione annuale trasmessa dal Ministero della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della l. n. 40/2004 in materia di Procreazione medicalmente assistita (PMA), relativamente all'attività di centri PMA nell'anno 2022, emerge, infatti, un quadro di grandi disuguaglianze tra i diversi territori regionali con la forte concentrazione dei centri esistenti in cinque Regioni (Lombardia, Campania, Lazio e Veneto). Emerge quindi che poche realtà hanno attratto la domanda di trattamenti che non riusciva ad essere soddisfatta da altre regioni, riuscendo ad assicurare servizi di procreazione medicalmente assistita attraverso il SSN. La condizione generale però è di assoluta insufficienza dei centri presenti, specie nelle regioni del sud, con una prevalenza di attività dei centri privati senza possibilità di sostegno economico per i soggetti interessati.

²⁸ Il Decreto del Ministero della Salute 31 marzo 2024 ha apportato tale modifica al decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze 23 giugno 2023, recante definizione delle tariffe dell'assistenza specialistica ambulatoriale e protesica, ai sensi dell'art. 8-sexies, commi 5 e 7 del d.lgs. n. 502 del 30 dicembre 1992.

6. *Conclusioni*

Le considerazioni svolte hanno fatto emergere la grande complessità che il tema della procreazione medicalmente assistita comporta nel contesto del nostro ordinamento. A causa del carattere estremamente delicato delle tematiche coinvolte il confronto, e spesso lo scontro, tra le differenti ricostruzioni hanno indotto il legislatore ad assumere un atteggiamento attendista, nei tempi, e cauto, nei contenuti, in un ambito in cui il progresso scientifico ha comportato una sempre maggiore necessità di una normazione adeguata. L'approccio del legislatore ha portato ad un intenso dialogo tra le Corti per la ricostruzione del quadro normativo al quale riferirsi, sia prima dell'approvazione della l. n. 40/2004, ma specialmente dopo la sua entrata in vigore in ragione dell'emersione delle sue lacune e dei suoi limiti. Con i progressi compiuti grazie agli interventi della Corte costituzionale può considerarsi configurabile un diritto alla procreazione, quale specifica declinazione del diritto alla salute, anche se negli stringenti limiti tracciati dalla l. n. 40/2004. Tuttavia, questo riconoscimento ha conosciuto una traduzione concreta solo con l'introduzione delle tecniche di PMA nell'elenco dei LEA. Come illustrato, solo quando una prestazione sanitaria viene riconosciuta quale livello essenziale di assistenza, emerge la conseguente necessità che si provveda ad apprestare la relativa assistenza quale preciso obbligo a carico dei soggetti istituzionali coinvolti. Ciononostante, si è detto dell'incredibile ritardo registrato nel dare concreta attuazione a quanto stabilito.

È auspicabile che l'inserimento delle tecniche di PMA nei LEA consentirà di aumentare il numero dei centri pubblici e privati convenzionati esistenti e di contrastare il fenomeno della migrazione sanitaria verso Regioni dotate di maggiore capacità di accogliere la domanda di cura ma anche rispetto ad altri Stati dotati di un'organizzazione e di un sistema normativo più favorevole. Cosa che comporta ricadute significative non solo sotto il profilo della garanzia del principio di uguaglianza nell'accesso alle cure ma anche rispetto all'efficacia dei trattamenti.

Appare evidente che il percorso avviato, nel nostro ordinamento, in tema di procreazione medicalmente assistita, potrà considerarsi efficacemente compiuto solo se le strutture amministrative riusciranno ad attuare gli obiettivi richiamati. Le generali difficoltà che l'amministrazione della sanità incontra e la consapevolezza che, in ordine alle specifiche tecniche

di PMA, la situazione dalla quale si parte è confortante solo in alcune limitate realtà, rende chiari gli importanti sforzi che saranno necessari da parte delle istituzioni. Si tratta della necessità di garantire un diritto che, oltre alla sua fondamentale valenza personale, assume sempre di più un rilievo collettivo, se solo si considerano i temi dell'inverno demografico e del progressivo invecchiamento della popolazione. Questo spinge ad auspicare, a più di venti anni di distanza dall'introduzione di una normativa ormai non al passo con i tempi, la necessità di un nuovo intervento del legislatore diretto a disciplinare in maniera sistematica un tema di così grande rilievo per la persona e la realtà sociale in cui vive.

Abstract

Il saggio indaga il tema della procreazione medicalmente assistita (PMA) nella prospettiva del diritto amministrativo con specifica attenzione al ruolo che i pubblici poteri sono chiamati a svolgere per assicurare l'accesso alle tecniche di PMA. Richiamati i tratti peculiari del diritto alla salute garantito dalla Costituzione e verificato se, e in che modo, possa essere configurato un diritto a procreare o, più genericamente, un diritto alla genitorialità. Verranno esaminate l'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale e l'impatto delle modifiche normative nel campo della procreazione medicalmente assistita.

Essential Levels of Assistance and assisted reproductive technology

The essay investigates the subject of assisted reproductive technology (ART) from the perspective of administrative law, with specific attention to the role that public authorities are called upon to play in ensuring access to ART techniques. Having recalled the specific features of the right to health guaranteed by the Constitution and verified whether, and in what way, a right to procreate can be configured. The organization of the National Health Service and the impact of regulatory changes in the field of medically assisted procreation will be examined.

SOLVIT e la procedura ex art. 8 del Regolamento (UE) n. 2019/515 sul reciproco riconoscimento delle merci

di Micaela Lottini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. SOLVIT: ‘lo strumento predefinito per la risoluzione delle controversie nel mercato unico’. – 3. SOLVIT e il principio del mutuo riconoscimento. – 4. La procedura di risoluzione dei problemi¹ ex art. 8 del Regolamento (UE) 2019/519 e SOLVIT. – 5. La prassi applicativa dell’art. 8 del Regolamento. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Sono passati ormai più di 20 anni da quando la Commissione europea ha previsto l’istituzione della rete SOLVIT¹, inaugurando una nuova stagione dell’integrazione del mercato interno², che accanto a strumenti normativi ed ovviamente all’intervento della Corte di giustizia, prevede dei meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie e degli strumenti di co-operazione tra le amministrazioni chiamate ad applicare il diritto europeo.

Tra questi, appunto, la rete SOLVIT ha lo scopo di favorire la risoluzione di quelle che vengono definite le ‘controversie del mercato interno’, ossia riguardanti cittadini e imprese che intendono avvalersi delle libertà e diritti garantiti dalle norme europee ed incontrano degli ostacoli posti dalle amministrazioni dello Stato ospitante.

¹ Per tutte le informazioni relative alla rete, ci sia consentito rinviare a: M. LOTTINI, *Correct application of EU law by national public administrations and effective individual protection: the SOLVIT network*, in *Review of European administrative law*, 3, 2, 2010, 5; EAD, *The SOLVIT network: state of the art and possible future developments*, in *Review of European administrative law*, 1, 2020, 109.

² Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 28 ottobre 2015, *migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e le imprese*, COM (2015) 550 def., 16. Cfr., anche, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 25 ottobre 2016, *Programma di lavoro della Commissione per il 2017. Realizzare un’Europa che protegge, dà forza e difende*, COM (2016) 710 def.

Uno dei settori in cui SOLVIT ha prodotto più risultati è quello dell'applicazione di un principio cardine del diritto europeo: quello del mutuo (o reciproco) riconoscimento, come risulta anche dal sito³ della Commissione dedicato a SOLVIT che elenca i casi risolti e le loro tipologie.

Nel 2019, con riguardo con riguardo allo specifico settore della libera circolazione delle merci, il mutuo (o reciproco) riconoscimento è stato oggetto di una nuova disciplina, attraverso il Regolamento (UE) n. 2019/519⁴, relativo appunto al reciproco riconoscimento delle merci legalmente commercializzate in un altro Stato membro.

All'art. 8 del Regolamento si prevede una particolare procedura definita come 'procedura di risoluzione dei problemi' che propone un rinnovato impegno co-operativo tra SOLVIT e la Commissione europea, alla quale, da parte di uno dei Centri nazionali, può essere richiesto un parere sulla compatibilità con il diritto dell'UE di una decisione amministrativa che limita o nega l'accesso al mercato di un prodotto.

In questo lavoro, si propone un'analisi di questa procedura con l'evidenziazione delle prime ipotesi applicative, nell'ambito del contesto più generale che vuole inquadrare il ruolo della rete nel mercato interno e del rapporto sempre più stretto tra SOLVIT e la Commissione, per poi proporre alcune conclusioni finali.

2. *SOLVIT: 'lo strumento predefinito per la risoluzione delle controversie nel mercato unico'*

Nel 2001, la Commissione ha adottato la Comunicazione, *per una soluzione efficace dei problemi nel mercato interno: "SOLVIT"*⁵, ed ha proposto l'istituzione della rete. Il relativo scopo è quello di fornire un meccanismo alternativo alle Corti di diritto, per la risoluzione delle controversie tra cittadini (o imprese) e le pubbliche amministrazioni nazionali che abbiano agito in violazione del diritto UE. In altre parole, SOLVIT mira a favorire

³ <https://ec.europa.eu/solvit/>.

⁴ Regolamento (UE) 2019/515 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, *relativo al reciproco riconoscimento delle merci legalmente commercializzate in un altro Stato membro e che abroga il regolamento (CE) n. 764/2008*, GU L 91 del 29.03.2019.

⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Soluzione efficace dei problemi nel mercato interno*, COM (2001) 702 def.

la corretta applicazione delle norme del mercato interno da parte delle pubbliche amministrazioni nazionali, nonché a consentire ai cittadini e alle imprese di sfruttare le loro opportunità di libera circolazione.

SOLVIT è un meccanismo informale⁶, gratuito e non vincolante che tratta i reclami dei cittadini (o delle imprese) di uno Stato membro riguardanti l'applicazione del diritto dell'UE da parte di un'autorità pubblica di un altro Stato membro. SOLVIT lavora per risolvere il problema in collaborazione con l'autorità pubblica nazionale, proponendo una possibile soluzione e, in ultima analisi, una modifica della decisione amministrativa originaria.

Il sistema SOLVIT è costituito da una rete⁷ di Centri nazionali, una banca dati on-line che collega i Centri ed una procedura di risoluzione delle controversie, delineata nella Raccomandazione *sui principi per l'utilizzo di SOLVIT*⁸, adottata nel dicembre 2001.

L'attività di SOLVIT si basa sul principio della co-operazione reciproca, che in questo caso opera a tre diversi livelli: a livello transfrontaliero, i due Centri degli Stati membri interessati collaborano per operare una prima valutazione della questione; a livello nazionale, il Centro e l'autorità nazionale che avrebbe agito in violazione del diritto UE co-operano per trovare una possibile soluzione; infine, a livello sovranazionale, i Centri collaborano con la Commissione Europea e le altre istituzioni e reti europee.

Nel 2013, la Commissione ha adottato una nuova Raccomandazione *sui principi per l'utilizzo di SOLVIT*⁹, che modifica la precedente normativa,

⁶ See, in this respect, D.U. GALETTA, *Informal information processing in dispute resolution networks: informality versus the protection of individual's rights?*, in *European public law*, 1, 2001, 71.

⁷ SOLVIT è stata definita come rete transgovernativa, in quanto comporta: "regular and purposive relations between government actors dealing with cross-border policies, and problems. The government actors represent the state but operate at levels below the head of states": D. SINDBJERG MARTINSEN and M. HOBOLTH, *The effectiveness of transgovernmental networks: managing the practical application of European integration in the case of SOLVIT*, in S. DRAKE and M. SMITH (edited by), *New directions in the effective enforcement of EU law and policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, 158.

⁸ Raccomandazione della Commissione, del 7 dicembre 2001, *relativa ai principi per l'utilizzo di "SOLVIT" – la rete per la soluzione dei problemi nel mercato interno*, C(2001)3901, GU L 331 del 15.12.2001.

⁹ Raccomandazione della Commissione, del 17 settembre 2013, *sui principi di funzionamento di SOLVIT*, GU L 249, del 19.09.2013.

tenendo conto del fatto che, i documenti di valutazione mostravano diversi punti deboli con riguardo all'attività della rete: in particolare la carenza di personale a livello dei Centri nazionali; la mancanza di efficacia della co-operazione ai vari livelli. Inoltre, l'estensione del mandato di SOLVIT, ovvero se un determinato caso rientrasse o meno nell'ambito di competenza della rete, aveva dato luogo a diverse interpretazioni tra i Centri, rappresentando un alto grado di ambiguità e incertezza.

Pertanto, la Commissione è intervenuta per affrontare questi problemi e sfruttare appieno il potenziale di SOLVIT, con una serie di disposizioni volte a migliorarne il funzionamento. La Raccomandazione del 2013, infatti, cerca di chiarire il livello di servizio che gli individui e le imprese possono aspettarsi da SOLVIT, i vari passaggi procedurali e le scadenze che i Centri devono rispettare quando trattano un caso; stabilisce norme minime che i Centri SOLVIT devono rispettare per quanto riguarda le strutture organizzative, le competenze legali e le relazioni con altre reti. Inoltre, fornisce un'indicazione più chiara del mandato di SOLVIT; in questo senso, da una parte, consente che SOLVIT possa decidere quei casi in cui il problema del mercato interno è causato, non dal comportamento di una singola amministrazione, ma da norme nazionali incompatibili con il diritto dell'UE; tali cause, indicate come 'casi strutturali', secondo i documenti precedenti, erano in linea di principio escluse dalla competenza della rete, ma nondimeno trattate dai Centri.

Il mandato di SOLVIT è esteso anche ai casi che non sono 'transfrontalieri' in senso stretto. In altre parole, la Raccomandazione estende il mandato di SOLVIT ad includere problemi in cui i richiedenti si confrontano con la propria amministrazione nazionale anziché con una straniera, "ma solo dopo aver esercitato i loro diritti di libera circolazione o quando cercano di farlo"¹⁰. Infine, la Commissione ha strutturato la banca dati on-line SOLVIT come modulo a sé stante nel sistema di informazione del mercato interno (IMI)¹¹.

Nel 2017, la Commissione ha adottato la Comunicazione, *Piano d'azione sul rafforzamento di SOLVIT: portare i vantaggi del mercato unico ai cittadini e alle imprese*¹², nell'ambito di un pacchetto di misure volte a migliorare

¹⁰ Ibid., par. I B 2.

¹¹ Su questo tema cfr., L. MUSSELLI, *Administrative cooperation between Member States: the SOLVIT network*, in L. AMMANNATI (edito da), *Networks. In search of a model for European and global regulation*, Torino, 2012, 91.

¹² Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comi-

la corretta applicazione del diritto UE ed il funzionamento del mercato europeo (il ‘compliance package’)¹³. Il Piano d’azione prevede misure per rafforzare il meccanismo e affiancarlo alle altre iniziative incluse nel ‘pacchetto’, tra cui in particolare lo sportello digitale unico¹⁴, che mira a collegare i meccanismi dell’UE e nazionali che forniscono informazioni e servizi di risoluzione dei problemi, condividendo tutti un punto di ingresso comune ed unico¹⁵.

Con il piano d’azione la Commissione si impegna ad agire, utilizzando tutte le opportunità di finanziamento disponibili e le tecnologie più recenti, al fine di migliorare la qualità del servizio reso da SOLVIT, in termini di capacità amministrativa, gestione di casi complessi e sensibili, competenza legale, legittimità delle decisioni. Inoltre, per facilitare ai cittadini e alle imprese l’individuazione e la scelta del meccanismo più adeguato alle loro necessità, la Commissione mira ad intensificare e migliorare la co-operazione con altre reti di informazione e assistenza europee e nazionali (come ‘La tua Europa’, ‘Europe Direct’, i Centri europei dei consumatori, ecc.). Le forme rafforzate di co-operazione dovrebbero favorire il costante scambio di informazioni e best-practices, la segnalazione reciproca dei casi, nonché il trasferimento diretto di un caso da una rete all’altra competente a decidere sulla specifica questione.

Nel 2020, di nuovo la Commissione ha rinnovato il suo impegno per migliorare e potenziare l’uso di SOLVIT con la Comunicazione *Piano d’azione a lungo termine per migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato*

tato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 2 maggio 2017, *Piano d’azione sul potenziamento di SOLVIT – Portare i benefici del mercato unico ai cittadini e alle imprese*, COM(2017) 255 def.

¹³ Commissione, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce le condizioni e la procedura con cui la Commissione può chiedere alle imprese e alle associazioni di imprese di fornire informazioni in relazione al mercato interno e ai settori connessi*, del 2 maggio 2017, COM(2017) 257 def.; Commissione, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce uno sportello digitale unico per fornire informazioni, procedure, assistenza e servizi di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012*, del 2 maggio 2017, COM (2017) 256 def.

¹⁴ Regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 ottobre 2018, *che istituisce uno sportello digitale unico per fornire l’accesso alle informazioni, alle procedure e ai servizi di assistenza e risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012*, GU L 295 del 21.11.2018.

¹⁵ L’accesso allo sportello avviene tramite una funzione di ricerca nel portale ‘La tua Europa’.

*unico*¹⁶, la cui Azione n. 18 è appunto titolata: ‘Rendere SOLVIT lo strumento predefinito per la risoluzione delle controversie nel mercato unico’ ed indica una serie di iniziative volte a migliorarne le prestazioni; questo viene anche ribadito nel suo ultimo documento pubblicato sulla rete il Commission Staff Working Document, *SOLVIT's helping hand in the Single Market: celebrating 20 years*, del 26 settembre 2022¹⁷.

Ad oggi, quindi, possiamo affermare che, nonostante rimangano ancora delle problematiche irrisolte, come l'esiguo numero di addetti a livello nazionale, nonché il non sempre chiaro per gli utenti rapporto tra SOLVIT e le Corti nazionali¹⁸, ciò nonostante in linea con la Commissione europea che conferma¹⁹ costantemente il giudizio positivo su SOLVIT, la rete ha svolto e svolge un ruolo cruciale per l'integrazione del mercato interno²⁰, non solo attraverso la risoluzione di controversie tra cittadini (ed imprese) e pubbliche amministrazioni in una dimensione transfrontaliera, ma anche favorendo lo sviluppo di una cultura della corretta ed effettiva

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 3 marzo 2020, *Piano d'azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico*, COM(2020) 94 def.

¹⁷ Commission Staff Working Document, *SOLVIT's helping hand in the Single Market: celebrating 20 years*, Brussels, 26 September 2022, SWD (2022) 325 final, p

¹⁸ D.U. GALETTA, M. LOTTINI e J. ZILLER, *The SOLVIT Network after two decades: successes, shortcomings, and the way forward*, in *CERIDAP*, 1, 2022, 25.

¹⁹ In questo senso, da ultimo, vedi, il Commission Staff Working Document, *SOLVIT's helping hand in the Single Market: celebrating 20 years*, Brussels, 26 September 2022, SWD (2022) 325 final, *passim*.

²⁰ E. KOKOLIA, *Strengthening the single market through informal dispute-resolution mechanisms in the EU: The case of SOLVIT*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 25,1, 2018,108.

interpretazione ed applicazione del diritto europeo²¹ a livello nazionale²².

La percentuale di casi gestiti e risolti è in costante aumento. Le autorità nazionali tendono a seguire le soluzioni proposte da SOLVIT, nonostante la loro natura non vincolante, e hanno migliorato la loro capacità di interpretare e applicare correttamente il diritto UE.

3. *La rete SOLVIT e il principio del mutuo riconoscimento*

Uno dei settori in cui SOLVIT ha prodotto più risultati è quello dell'applicazione di un principio cardine del diritto europeo: quello del mutuo (o reciproco) riconoscimento, come risulta anche dal sito della Commissione dedicato a SOLVIT che elenca i casi risolti e le loro tipologie.

È la Corte di giustizia che con la sentenza nota come *Cassis de Dijon*²³

²¹In questo senso, la dottrina ha sottolineato come: «SOLVIT provides member states with a formal institutional infrastructure for solving alleged problems of noncompliance with EU internal market law. In addition to this, however, SOLVIT is an informal policy network with a 'network spirit' [...]. That is, civil servants from national SOLVIT centers regularly interact to discuss EU internal market matters beyond specific cases of misapplication. By doing so, SOLVIT has become an important governance tool to promote compliance with internal market law. Dealing with individual cases of misapplication, SOLVIT centers at times detect more general patterns of noncompliance with EU rules arising from national legislation, guidelines, or practices». R. SCHRAMA, D. SINDBJERG MARTINSEN, E. MASTENBROEK, *European administrative networks during times of crisis: Exploring the temporal development of the internal market network SOLVIT*, in *Regulation & governance*, 2024, 3.

²²In argomento, Å.C. VIFELL and E. SJÖGREN, *Governing by supervision: The EU Commission's SOLVIT-centres as juridified internal market watchdogs. The case of Sweden*, in *SSE/EFI Working Papers Series in business administration*, 1, 12, 2010, 7.

²³ Sentenza della Corte del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral*, C-120/78, EU:C:1979:42. La pronuncia in questione riguarda la compatibilità con il diritto comunitario di una disposizione di legge tedesca sullo smercio di bevande alcoliche, che fissa una gradazione alcolica minima per le varie categorie di prodotti, con la conseguenza di impedire l'importazione di prodotti alcolici tradizionali di altri Stati membri, quando la gradazione sia inferiore a quella prescritta. La conclusione a cui si perviene è che devono essere considerate misure aventi effetto equivalente a restrizioni quantitative delle importazioni, quelle disposizioni statali che prescrivono particolari requisiti di accesso al mercato, per prodotti che sono legalmente commerciati in un altro Stato membro. Se una merce è legalmente prodotta e venduta in uno Stato membro, automaticamente deve consentirne l'introduzione in qualsiasi altro Stato membro e la previsione di requisiti ulteriori, che ne impediscano la commercializzazione, deve considerarsi vietata dalla normativa sulla libera circolazione delle merci.

eleva il mutuo riconoscimento a rango di principio generale che vincola l'interpretazione della clausola 'misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa', vietata ai sensi della normativa in materia di libera circolazione delle merci.

Le misure nazionali di regolazione, anche se non direttamente discriminatorie, possono costituire un ostacolo all'integrazione europea. Di fronte all'impossibilità politica²⁴ di armonizzare tutte le normative di disciplina delle attività economiche, la Corte propone uno strumento che supera il divieto di non-discriminazione diretta e indiretta: il 'mutuo riconoscimento'²⁵.

Si impone allo Stato di destinazione di consentire l'accesso al proprio mercato nazionale di tutti i fattori di produzione legittimamente provenienti dagli altri Stati dell'Unione. In altre parole, si impone all'*host State*, non solo di non discriminare un prodotto o servizio proveniente dall'estero, ma anche di riconoscere, nell'ambito dell'esercizio della sua funzione di regolazione del mercato, i risultati della stessa funzione esercitata dall'*home State*²⁶.

Il mutuo riconoscimento attua un principio generale dell'ordinamento eurounitario: il principio di equivalenza²⁷, secondo cui che le regole che disciplinano il libero esercizio delle attività economiche nei vari Paesi membri, pur essendo diverse sono però equivalenti negli effetti. Il principio non ha una valenza assoluta. Lo Stato di destinazione mantiene il diritto di esercitare un controllo sul mercato e di valutare se l'interesse pubblico, alla cui tutela è preordinata la normativa nazionale di regolazione (relativa a quel prodotto), riceva un protezione equivalente nell'ambito dello Stato di provenienza; in quest'ultimo caso, seppure il prodotto estero non rispetti le prescrizioni nazionali, lo stesso deve avere libero accesso

²⁴ F.W. SCHARPF, *Governare l'Europa*, Bologna, 1997, 49 e ss; in argomento cfr. ancora S. WEATHERILL, *Pre-emption, harmonisation, and the distribution of competence to regulate the internal market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (edited by), *The law of the single European market*, Oxford, 2002, 41.

²⁵ Comunicazione della Commissione, *Agevolare l'accesso di prodotti al mercato di un altro Stato membro: applicazione pratica del mutuo riconoscimento*, 2003/C 265/02 in G U C 265 del 4 novembre 2003.

²⁶ K. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, in *The law of the single European market*, C. BARNARD e J. SCOTT (edited by), Oxford, 2002, 231.

²⁷ L. TORCHIA, *Il governo delle differenze: il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

al mercato; viceversa, la misura di regolazione deve ritenersi legittima (naturalmente, se necessaria e proporzionata all'obiettivo da raggiungere).

Il mutuo riconoscimento viene elaborato in relazione alla circolazione delle merci, ma troverà con il tempo applicazione a tutte le libertà fondamentali previste dai Trattati europei, inoltre, sarà, alla base di importanti normative di integrazione positiva come la disciplina sul mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali²⁸, ed in ultima analisi la Direttiva relativa ai servizi nel mercato interno²⁹.

4. *La procedura di risoluzione dei problemi' ex art. 8 del Regolamento (UE) 2019/519 e SOLVIT*

Nel suo *Piano d'azione sul potenziamento di SOLVIT*³⁰ del 2017, la Commissione, delineando le strategie di sviluppo della rete, aveva prospettato la possibilità di introdurre, nel quadro della revisione della normativa sul principio del riconoscimento reciproco, una procedura di 'ricorso' (*appeal* nella versione inglese) per le imprese, in caso di fallimento dell'approccio informale di SOLVIT.

In effetti, nel 2019, è stato adottato il Regolamento (UE) 2019/515³¹ avente l'obiettivo di rafforzare il funzionamento del mercato unico, migliorando l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento³² con riguardo alle merci legalmente commercializzate negli Stati membri, prevedendo a questo fine una serie di norme e procedure da applicarsi alle decisioni amministrative aventi l'effetto diretto o indiretto di limitare o

²⁸ Direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IML»), GU L 354 del 28.12.2013.

²⁹ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, GU L 376 del 27.12.2006,

³⁰ Comunicazione della Commissione, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano d'azione sul potenziamento di SOLVIT – Portare i benefici del mercato unico ai cittadini e alle imprese*, 2.5.2017, COM(2017) 255 def., 6.

³¹ Cit.

³² Per una riflessione sui limiti della nuova normativa, cfr., B. JAN, *Increasing legal certainty without trust: why Regulation 2019/515 cannot achieve the unachievable*, in *European journal of risk regulation*, 12, 1, 2021, 196.

negare l'accesso al mercato nello Stato membro di destinazione di siffatte merci.

A titolo d'esempio, il Regolamento (art. 4) introduce un'autocertificazione (anche elettronica) che l'operatore economico può redigere per comprovare alle autorità competenti dello Stato membro di destinazione che le proprie merci sono legalmente commercializzate in un altro Stato membro.

Inoltre, all'articolo 5, determina la procedura con la quale uno Stato membro può valutare se le merci siano legalmente commercializzate in un altro e prevede i requisiti della decisione amministrativa che può restringere o negare l'accesso al mercato delle merci considerate (art. 5, n. 11).

All'art. 9, poi, il Regolamento dispone il rafforzamento della rete di punti di contatto volta a facilitare la comunicazione tra le autorità e le imprese, nonché a fornire a queste ultime tutte le informazioni necessarie.

Con riguardo più nello specifico al tema in oggetto, l'art. 8 (Procedura di risoluzione dei problemi) prevede la possibilità, qualora dopo l'intervento informale dei Centri SOLVIT, permangono dubbi in merito alla compatibilità della decisione amministrativa contestata con il principio del reciproco riconoscimento, che la Commissione esamini la questione su richiesta di uno qualsiasi dei Centri SOLVIT coinvolti.

L'intervento della Commissione viene previsto nel corso della procedura di valutazione svolta dai Centri SOLVIT, infatti, l'art. 8 specifica che qualora il Centro di appartenenza o il Centro competente lo ritengano necessario, possono chiedere alla Commissione di esprimere un parere, fornendo tutti i documenti pertinenti relativi alla decisione amministrativa in questione. Il parere deve essere rilasciato entro un termine massimo di 45 giorni lavorativi e il suo oggetto deve limitarsi a valutare la compatibilità di detta decisione con il principio di riconoscimento reciproco e con i requisiti espressi nel Regolamento.

Con riguardo al contenuto, il parere può individuare eventuali criticità che devono essere affrontate o formulare raccomandazioni per contribuire a risolvere il caso. Con riguardo agli effetti, l'articolo sottolinea che il parere pur non essendo vincolante "deve essere preso in considerazione" dai Centri SOLVIT.

L'art. 8, quindi, introduce una procedura di co-operazione, piuttosto che una procedura di ricorso (o *appeal procedure*), come invece era stato indicato nel 2017, prevedendo, quindi, un intervento della Commissione

ex ante, nell'ambito della fase di istruttoria del caso da parte della rete SOLVIT.

C'è da dire che sulla base degli stessi documenti istitutivi della rete (paragrafo VI della Raccomandazione, *sui principi di funzionamento di SOLVIT*)³³, la Commissione è tenuta ad assistere e sostenere il funzionamento di SOLVIT, tra le altre cose, fornendo assistenza per il trattamento dei casi, consulenza legale a titolo informale, offrendo formazione e documentazioni specifiche.

Inoltre, nella prassi, ed in termini generali (quindi non solo riguardo ai casi di reciproco riconoscimento) la Commissione è spesso intervenuta *ex post* su richiesta delle parti insoddisfatte dalla soluzione di SOLVIT, come dimostrano chiaramente diverse Decisioni del Mediatore Europeo (EO), chiamato successivamente ad investigare appunto sull'attività della Commissione in tal senso.

A titolo d'esempio, a fronte del diniego al rilascio di un visto per un familiare di un cittadino dell'Unione e al risultato insoddisfacente dell'intervento della rete, l'interessato si rivolge alla Commissione europea forte del parere di SOLVIT (che suggeriva che il problema fosse strutturale) per richiedere l'apertura di una procedura di infrazione contro lo Stato olandese³⁴. In un altro caso³⁵, un cittadino estone, vistosi rifiutare dalle autorità competenti l'indennità di disoccupazione in Finlandia (dove risiedeva), dopo presentato una denuncia infruttuosa a SOLVIT si è, poi, rivolto alla Commissione, sostenendo che la decisione delle autorità finlandesi fosse in contrasto con il diritto dell'UE.

Ancora, la Commissione, come garante della corretta applicazione del diritto europeo, viene spesso interpellata dalla parte insoddisfatta dalla procedura SOLVIT, anche in attuazione di altre specifiche previsioni dei documenti che regolano il funzionamento della rete. Infatti, ai sensi del

³³ Raccomandazione della commissione, del 17 settembre 2013, *sui principi di funzionamento di SOLVIT*, C(2013) 5869 def.

³⁴ European Ombudsman, Decision in case 1040/2017/JAP on the European Commission's handling of an infringement complaint against the Netherlands concerning a refusal to issue a visa for a third-country family member of a Union citizen, (European Ombudsman, 28 May 2018), in www.ombudsman.europa.eu/.

³⁵ European Ombudsman, Decision in case 330/2017/EIS on the Commission's decision to close an infringement complaint against Finland regarding entitlement to unemployment benefits in cross-border situations' (European Ombudsman, 17 May 2017) in www.ombudsman.europa.eu/.

paragrafo V.a., n. 4 della Raccomandazione, *sui principi di funzionamento di SOLVIT*)³⁶, i casi che presentano problemi strutturali dovrebbero essere segnalati come tali nella banca dati, in modo che la Commissione possa monitorare sistematicamente tali casi. In generale, poi, la Commissione potrebbe anche esercitare una funzione di controllo sulla qualità e l'operato dei Centri SOLVIT, ai sensi del paragrafo VI, 1, e, della Raccomandazione summenzionata, del 2013.

Il rapporto tra SOLVIT e la Commissione è stato quindi improntato finora nella prassi alla co-operazione informale *ex ante* ed *ex post* rispetto alla decisione del caso.

Con l'art. 8 del Regolamento n. 2019/519, si introduce uno schema che, di fatto, va a formalizzare, quindi, un'attività da sempre svolta dalla Commissione nei confronti della rete, ossi quella di ausilio e messa a disposizione delle proprie competenze tecniche. L'obiettivo è quello di favorire le imprese che possono beneficiare di una procedura di risoluzione dei problemi più veloce ed efficace dato il coinvolgimento tempestivo della Commissione in caso di dubbio. In questa chiave, peraltro il Regolamento chiarisce (art. 5, par. 12) che le decisioni amministrative assunte in merito alla valutazione delle merci in relazione al principio del riconoscimento reciproco e alle condizioni del regolamento stesso, dovrebbero indicare non solo i rimedi disponibili nel diritto nazionale dello Stato membro di destinazione, ma anche fare inoltre riferimento alla possibilità per gli operatori economici di utilizzare SOLVIT e ovviamente la procedura ex art. 8³⁷.

5. *La prassi applicativa dell'art. 8 del Regolamento*

Come abbiamo detto, l'art. 8 del Regolamento n. 2019/519 ha introdotto una procedura di problem-solving dedicata alle imprese che coinvolge la rete SOLVIT e prevede la possibilità di richiedere alla Commissione un parere sulla compatibilità con il diritto dell'UE di una decisione amministrativa che limita o nega l'accesso al mercato di un prodotto.

³⁶ Cit.

³⁷ Sulla questione, cfr., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Reinforcing the Governance of the European internal market: The SOLVIT network*, in *European review of public law*, 33, 2, 2021, 453.

La Commissione, in applicazione di siffatto articolo, ha adottato diversi pareri che hanno fornito delle indicazioni sulla corretta interpretazione e applicazione della normativa in materia da parte delle pubbliche amministrazioni nazionali.

In particolare, su richiesta del Centro SOLVIT lussemburghese, nel settembre 2022, la Commissione si è pronunciata in tre identici casi³⁸, riguardanti il diniego da parte della competente autorità francese (Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation), dell'autorizzazione all'accesso al mercato di fertilizzanti legalmente commercializzati in Belgio.

Secondo l'autorità, infatti, la richiesta di immissione in commercio dei prodotti in questione in Francia doveva essere rifiutata, in applicazione della normativa nazionale, perché, alla luce delle informazioni disponibili sulla loro composizione, non poteva escludersi il rischio di effetti nocivi per la salute dell'uomo o degli animali, nonché per l'ambiente.

La Commissione, con i pareri rilasciati, *in primis*, ricorda come alla luce della rilevante normativa in materia, la decisione amministrativa di diniego dell'accesso al mercato, per essere considerata legittima, deve contenere degli elementi obbligatori. In particolare, l'articolo 5, paragrafo 10, del Regolamento (UE) 2019/515 prescrive che le decisioni amministrative debbano esporre le ragioni della decisione in modo sufficientemente dettagliato e motivato per facilitare una valutazione della sua compatibilità con il principio del reciproco riconoscimento e con i requisiti del Regolamento. Ancora, il paragrafo 11 dell'articolo 5 elenca tra gli elementi che una decisione amministrativa deve includere: a) la regola tecnica nazionale su cui si basa la decisione amministrativa; (b) i legittimi motivi di interesse pubblico che giustificano l'applicazione della normativa nazionale su cui si basa la decisione amministrativa; c) le prove tecniche o scientifiche fornite dall'autorità competente dello Stato membro di destinazione considerata, compresi, ove applicabile, eventuali modifiche rilevanti nel stato dell'arte verificatosi dall'entrata in vigore della regola tecnica nazionale; d) una sintesi delle argomentazioni addotte dall'operatore economico interessato; e) le prove che dimostrano che la decisione amministrativa è adeguata allo

³⁸ Parere della Commissione, del 20 gennaio 2023, *sull'applicazione del principio del riconoscimento reciproco e sui requisiti di Regolamento (UE) 2019/515 relativo ai fertilizzanti* (AD | 220603102954 | F | 10960 – Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail), basato sull'articolo 8 del Regolamento (UE) 2019/515 sul reciproco riconoscimento delle merci, C(2023) 359 def. I pareri sono identici e presentati lo stesso giorno, per questo motivo ne viene citato solo uno.

scopo perseguito e che la decisione amministrativa non va oltre quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.

Alla luce di questo e sulla base delle informazioni disponibili nel caso in esame, la Commissione conclude che la decisione amministrativa in oggetto non è compatibile con le prescrizioni del Regolamento (UE) n. 2019/515, ed in particolare con i requisiti di cui all'articolo 5. Infatti, la stessa non fornisce una motivazione completa basata su elementi tecnici o scientifici volti a dimostrare che il prodotto presenti un rischio per la salute pubblica o per l'ambiente. Inoltre, non contiene elementi che dimostrino il rispetto del principio di proporzionalità ovvero se l'obiettivo di tutela dell'interesse pubblico possa essere raggiunto mediante una misura meno restrittiva dal punto di vista della libera circolazione merci.

Sicché, la Commissione invita le autorità francesi ad adottare le misure necessarie per garantire la corretta applicazione del principio del reciproco riconoscimento e del Regolamento (UE) n. 2019/515.

In un altro caso³⁹, la Commissione è chiamata dalla rete SOLVIT a fornire un parere in merito all'applicazione del mutuo riconoscimento per la registrazione e l'immissione sul mercato bulgaro di un integratore alimentare con vitamina D, già legalmente commercializzato in Grecia e Romania, poiché, la richiesta presentata era stata rifiutata dall'Agenzia bulgara per la sicurezza alimentare, sulla base dell'esame dell'etichetta allegata alla domanda: secondo l'autorità nazionale, infatti, la quantità di vitamina D contenuta nel prodotto superava la quantità massima consentita nel Regolamento bulgaro sui requisiti degli integratori alimentari.

Sollevato il caso presso la rete SOLVIT, l'amministrazione nazionale chiarisce di non essere stata informata dall'impresa richiedente riguardo alla libera e legittima circolazione del prodotto in altri Paesi membri e chiede alla stessa di ripresentare la domanda, stante l'impossibilità giuridica di modificare la decisione presa.

Secondo la Commissione, se l'Agenzia ha ommesso di applicare il Regolamento n. 2019/515 (un atto vincolante in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile) quando ha adottato la decisione amministrativa in questione, è tenuta a rimediare utilizzando ogni strumento giuridico

³⁹ Parere della Commissione, del 30 settembre 2021, *sull'applicazione del principio del riconoscimento reciproco e sui requisiti di Regolamento (UE) 2019/515 relativo agli integratori alimentari in base all'articolo 8 del Regolamento (UE) 2019/515 sul reciproco riconoscimento delle merci*, C(2021) 6950 def.

disponibile nel diritto nazionale, senza gravare l'operatore economico di un onere aggiuntivo.

Ancora, la Commissione ricorda che, alla luce della procedura delineata dal Regolamento, l'Autorità nazionale deve informare l'operatore economico, tra le altre cose, della possibilità di fornire una dichiarazione di riconoscimento reciproco (ossia la possibilità di autocertificare che il proprio prodotto è già legalmente commercializzato in un altro Stato membro), cosa che nel caso di specie non è avvenuta.

In conclusione, secondo la Commissione, essendo la decisione amministrativa non compatibile con i requisiti prescritti dalla normativa europea, invita le autorità bulgare ad adottare le misure necessarie per garantire la corretta applicazione del principio di reciproco riconoscimento e del Regolamento (UE) 2019/515, in linea con i rilievi effettuati nel parere.

6. Conclusioni

Nel corso degli anni, la Commissione⁴⁰ ha costantemente monitorato l'attività di SOLVIT affermandone l'efficacia, sia quale strumento di tutela individuale, sia quale strumento di governance del mercato europeo.

Infatti, SOLVIT, non solo offre ai privati e alle piccole imprese un'alternativa ai procedimenti giudiziari dinanzi ai giudici nazionali, ma promuove la corretta ed uniforme l'applicazione del diritto dell'UE⁴¹ da parte delle amministrazioni nazionali e facilita la modifica delle normative nazionali a questo contrarie⁴², in costante collaborazione con altre Autorità e reti⁴³.

⁴⁰ Commission Staff Working Document, *SOLVIT's helping hand in the Single Market: celebrating 20 years*, Brussels, 26 September 2022, SWD (2022) 325 final, *passim*.

⁴¹ D. SINDBJERG MARTINSEN e M. HOBOLTH, *The effectiveness of transgovernmental networks: managing the practical application of European integration in the case of SOLVIT*, in S. DRAKE e M. SMITH (edited by), *New directions in the effective enforcement of EU law and policy*, Cheltenham, 2016, 158.

⁴² A. CORREIA DE BRITO, *Modern enforcement in the single European market*, in J.M. BENEITO e J. MAILLO (direttori) and J. CORTI e P. MILLA (coordinatori), *Fostering growth in Europe: reinforcing the internal market*, Madrid, 2014, 396.

⁴³ C.E. KOOPS, *Compliance mechanisms compared. An analysis of the EU infringement procedures, SOLVIT, Pilot and IMS?*, in J.M. BENEITO e J. MAILLO (direttori) e J. CORTI e P. MILLA (coordinatori), *Fostering growth in Europe: reinforcing the internal market*, Madrid 2014, 431, 456.

Negli ultimi documenti presentati dalla Commissione sulla rete, nel 2017⁴⁴ e nel 2020⁴⁵, nonché, nel 2022⁴⁶, quello che emerge con chiarezza è la volontà di porre in essere una serie di iniziative volte a migliorare il funzionamento e, in ultima analisi, la qualità del servizio reso da SOLVIT, in termini di capacità amministrativa, gestione di casi complessi e sensibili, competenza legale, legittimità delle decisioni.

In particolare, peraltro, si pone l'accento sulla necessità di intensificare la co-operazione con altre reti di informazione e assistenza europee e nazionali (come 'La tua Europa', 'Europe Direct', i Centri europei dei consumatori, ecc.), nonché, con l'Ombudsman europeo in costante dialogo con la stessa Commissione. Le forme rafforzate di co-operazione dovrebbero favorire lo scambio di informazioni e best-practices, la segnalazione reciproca dei casi, nonché il trasferimento diretto di un caso da una rete all'altra competente a decidere sulla specifica questione.

Ancora, la Commissione ritiene di dovere intervenire al fine di migliorare l'efficacia del procedimento decisionale, per esempio, monitorando in maniera più sistematica i casi SOLVIT, al fine di prevenire possibili conflitti interpretativi, rilevare questioni controverse, e facilitare quindi l'accordo dei Centri nella soluzione dei casi⁴⁷.

Nell'ambito di questo contesto di valorizzazione della rete, si inserisce la nuova procedura *ex art. 8*; la quale, come testimoniato dalle sue prime applicazioni, ha lo scopo di favorire la co-operazione tra SOLVIT e la Commissione, in una dimensione di intervento *ex ante* per rendere il procedimento decisionale maggiormente efficace ed, in ultima analisi,

⁴⁴ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 2 maggio 2017, *Piano d'azione sul potenziamento di SOLVIT – Portare i benefici del mercato unico ai cittadini e alle imprese*, COM(2017) 255 def.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 3 marzo 2020, *Piano d'azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico*, COM(2020) 94 def.

⁴⁶ Commission Staff Working Document, *SOLVIT's helping hand in the Single Market: celebrating 20 years*, 26 September 2022, SWD (2022) 325 final.

⁴⁷ Infatti, l'incapacità dei Centri di trovare un accordo mina alla base l'efficacia dell'intervento della rete, come risulta chiaramente dalla sentenza della Corte di giustizia *Slovenská sporiteľňa*, 7 febbraio 2013, C-68/12, EU:C:2013:71, in cui la questione è stata sottoposta alle Corti di diritto, poiché i Centri ceco e slovacco divergevano sull'interpretazione dell'articolo 101 TFUE.

favorire il corretto funzionamento del reciproco riconoscimento; in questa chiave, infatti, viene a crearsi un meccanismo di tutela per le imprese (ai cui prodotti sia stato negato l'accesso al mercato), che vede combinato l'intervento informale della rete SOLVIT e l'utilizzo del know-how tecnico giuridico dei servizi della Commissione, nell'ambito di una stessa procedura volta, quindi, a ridurre i tempi e le difficoltà del meccanismo di tutela.

Tutto questo nella convinzione (ormai acquisita da parte delle istituzioni europee)⁴⁸ che l'integrazione del mercato necessita non solo l'adozione di normative sempre più cogenti, ma richiede la garanzia dell'attuazione effettiva di queste norme⁴⁹, con la previsione di meccanismi adeguati ed efficaci⁵⁰ a seconda delle esigenze e degli specifici settori del mercato stesso, come appunto la rete SOLVIT che non a caso è stata definita dalla Commissione, come abbiamo visto, quale: 'strumento predefinito per la risoluzione delle controversie nel mercato unico'⁵¹.

⁴⁸ In argomento, cfr., *inter alia*, Raccomandazione della Commissione, del 29 giugno 2009, *sulle misure volte a migliorare il funzionamento del mercato unico*, 2009/524/CE, del 7 luglio 2009, GU L 176, *passim*; Comunicazione della Commissione, del 5 settembre 2007, *Un'Europa dei risultati – L'applicazione del diritto comunitario*, COM(2007) 502 def., I introduzione; Comunicazione della Commissione, del 20 novembre 2007, *Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo*, COM(2007) 724 def., Comunicazione della Commissione, *Programma di lavoro della Commissione 2017. Realizzare un'Europa che protegge, dà potere e difende*, COM (2016) 710 final. In argomento, cfr., P. NICOLAIDES, *Enlargement of the EU and effective implementation of community rules: an integration-based approach*, EIPA (1999), Working Paper 99/W/04, su www.eipa.nl/index.asp.

⁴⁹ Su questo tema, cfr., A. ROSAS, *Ensuring uniform application of EU law in a Union of 27: the role of national courts and authorities*, relazione presentata al sesto seminario degli Ombudsman nazionali degli Stati membri e degli Stati candidati – *Rethinking good administration in the european Union* – Strasburgo, 14-16 ottobre 2007, su <https://infoeuropa.eurocid.pt/>.

⁵⁰ C.E. KOOPS, *Compliance mechanisms compared. An analysis of the EU infringement procedures, SOLVIT, Pilot and IMS?* in J.M. BENEITO and J. MAILLO (directors) and J. CORTI and P. MILLA (coordinators), *Fostering growth in Europe: reinforcing the internal market*, Madrid, 2014, 456.

⁵¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, del 10 marzo 2020, *Piano d'azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico*, COM(2020) 94 final, Azione n. 18.

Abstract

La rete SOLVIT ha lo scopo di favorire la risoluzione delle controversie del mercato interno; con riguardo al settore della libera circolazione delle merci, il Regolamento (UE) n. 2019/519 oggi prevede una particolare procedura definita come ‘procedura di risoluzione dei problemi’ che propone un rinnovato impegno co-operativo tra SOLVIT e la Commissione europea, alla quale, da parte di uno dei Centri nazionali, può essere richiesto un parere sulla compatibilità con il diritto dell’UE di una decisione amministrativa che limita o nega l’accesso al mercato di un prodotto.

SOLVIT and the procedure ex art. 8 Regulation (EU) no. 2019/519
on mutual recognition of goods

The SOLVIT network aims to facilitate the resolution of internal market disputes; with regard to the free movement of goods sector, Regulation (EU) no. 2019/519 today provides for a specific procedure defined as a ‘problem-solving procedure’ which proposes a renewed cooperative commitment between SOLVIT and the European Commission, which, by one of the National Centres, can be asked for an opinion on the compatibility with EU law of an administrative decision that limits or denies market access to a product.

L'indeterminatezza delle operazioni sospette di riciclaggio

di Carmencita Guacci

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. La funzione di prevenzione del riciclaggio: “La comunicazione delle operazioni sospette” e la “segnalazione delle operazioni sospette”. – 3. Situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e dei “c.d. soggetti obbligati”: dovere e obbligo. – 4. L'autovalutazione del rischio delle operazioni sospette: il presupposto della comunicazione e della segnalazione delle operazioni sospette. – 5. Gli indicatori di anomalia delle operazioni sospette di riciclaggio. – 6. L'indeterminatezza dell'espressione legislativa “operazioni sospette di riciclaggio”. – 7. La natura dell'attività posta in essere per l'individuazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette sul piano teorico. – 8) La natura dell'attività posta in essere per l'individuazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette sul piano dogmatico. – 9. La formula vaga e generica delle operazioni sospette di riciclaggio: concetti giuridici indeterminati e clausole generali. – 10. La qualificazione delle operazioni sospette di riciclaggio (presupposto per l'esercizio del potere amministrativo) come concetto giuridico indeterminato. – 11. Le azioni correttive: strumenti di verifica della legittimità dei comportamenti.

1. *Oggetto dell'indagine*

In Italia la normativa antiriciclaggio è disciplinata dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231,¹ che recepisce a sua volta la direttiva europea 2018/843; il legislatore con tale decreto ha introdotto nell'ordinamento nazionale una serie di adempimenti antiriciclaggio allo scopo di proteggere la stabilità e l'integrità del sistema economico e finanziario².

All'interno del predetto decreto legislativo non si rinviene alcuna norma repressiva in senso stretto; esso, infatti, contiene l'elencazione di una serie di obblighi per tutti quei soggetti che intervengono nella cate-

¹ In argomento, v. ampiamente C. RUGGIERO, *La nuova disciplina dell'antiriciclaggio dopo il d.lg. 21 novembre 2007, n. 231*, Torino, 2008, 113 ss.

² Lo scopo dei modelli è di ridurre – in maniera significativa – il rischio di commissione dei reati, indirizzando in modo virtuoso i comportamenti dei dipendenti e collaboratori, attraverso l'introduzione di presidi di controllo e di monitoraggio.

na del valore di quelle operazioni che possono agevolare o dare luogo a fenomeni di riciclaggio³.

La normativa antiriciclaggio si pone a protezione dell'intera collettività, sicché il sistema antiriciclaggio si fonda sulla collaborazione attiva⁴ di molteplici categorie di soggetti che, in ragione del ruolo svolto nell'economia e nei mercati⁵, sono nelle condizioni di intercettare indebiti tentativi di infiltrazione o condizionamento⁶.

In particolare, il sistema di prevenzione⁷ del riciclaggio è governato, a livello centrale, da tre soggetti:

a) il Ministero dell'economia e delle finanze, che è responsabile delle politiche di prevenzione; b) il Comitato di Sicurezza finanziaria (CSF),

³ Per una disamina R. RANIERI, *Antiriciclaggio tra doveri e notitiae criminis*, in *Giur. It.*, 2013, 10, 2132.

⁴ D.lgs. 231/2007, art. 3 (Principi generali) comma 1: «Le misure di cui al presente decreto si fondano anche sulla collaborazione attiva da parte dei destinatari delle disposizioni in esso previste, i quali adottano idonei e appropriati sistemi e procedure in materia di obblighi di adeguata verifica della clientela, di segnalazione delle operazioni sospette, di conservazione dei documenti, di controllo interno, di valutazione e di gestione del rischio, di garanzia dell'osservanza delle disposizioni pertinenti e di comunicazione per prevenire e impedire la realizzazione di operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Essi adempiono agli obblighi previsti avendo riguardo alle informazioni possedute o acquisite nell'ambito della propria attività istituzionale o professionale».

⁵ Tali soggetti si presentano come organi decentrati di collaborazione e “sensori” che operano sul territorio, il loro compito è quello di proteggere la legalità mediante l'individuazione di operazioni sospette o comunque condotte sintomatiche della contaminazione mafiosa.

⁶ F. DI VIZIO, *Il riciclaggio nella prospettiva penale ed in quella amministrativa. Definizioni di riciclaggio*, Quaderni dell'antiriciclaggio, Roma, 2017, n. 8, 10; G. RODDI, *Manuale antiriciclaggio*, Milano, 2006, 39 ss. e *La normativa antiriciclaggio*, Reggio Calabria, 2009, 16 ss.; C. LAURIA, A. MENGALI, *Codice delle norme antiriciclaggio ed antiusura. Commentato e corredato delle decisioni giurisprudenziali e dei pareri della Commissione Consultiva e del Comitato Legge 197/1991*, Roma, 1996, 276; U. FAVA, E. GRANATA, in AA.VV., *Nuova guida agli adempimenti antiriciclaggio e antiusura. Manuale operativo per le banche, gli intermediari finanziari, i sindaci e gli amministratori*, Collana Abi Economia e Gestione. Guide e manuali 11, Roma, 1998, p.te I, cap. 7, *Natura giuridica dell'attività bancaria, collaborazione passiva e attiva, esperienze operative*, 217-8. V. anche G. MAINOLFI, *Le transazioni sospette: controlli e adempimenti*, Roma, 2004, 265 ss.; U. MORERA, *Sul sospetto riciclaggio e sull'obbligo di segnalazione: un cambio di prospettiva significativo*, in *Bancaria*, 2009, 1, 78 ss.

⁷ V. L. LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, p. 201 ss.

che elabora l'analisi nazionale dei rischi e le strategie di contrasto; c) la UIF⁸ (Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia) che riceve e analizza informazioni riguardanti ipotesi di riciclaggio.

La normativa antiriciclaggio, dedica, rispetto alle precedenti legislazioni antiriciclaggio, un articolo *ad hoc* alla Pubblica Amministrazione. L'art. 10, rubricato «Pubbliche Amministrazioni», al primo comma chiarisce che la nuova disciplina antiriciclaggio non ci si riferisce più *lato sensu* «a tutta la Pubblica Amministrazione», bensì solo a quegli uffici che svolgono compiti di amministrazione attiva o di controllo nei procedimenti indicati alle lettere a), b) e c), salvo disporre, al comma successivo, la possibilità, da parte del Comitato di sicurezza finanziaria, di individuare altri procedimenti per i quali sia opportuna l'applicazione degli obblighi di antiriciclaggio.

Pertanto, il decreto legislativo 231/2007, all'art. 1, comma 2, – pur comprendendo una definizione ampia “di pubbliche amministrazioni”, che richiama la definizione contenuta nel d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e smi. – nel successivo art. 10 individua – all'interno del sistema di prevenzione del riciclaggio – una nozione ristretta di pubbliche amministrazioni⁹.

In altri termini, non tutte le amministrazioni rientranti nella definizione del testo unico sul pubblico impiego sono tenute al rispetto dei doveri¹⁰ di antiriciclaggio, quali l'attivazione dei tradizionali strumenti di responsabilità e controllo dell'azione amministrativa per la verifica della legittimità dei comportamenti, della correttezza delle decisioni, della corretta allocazione delle risorse economiche, del dovere di intercettare e comunicare prontamente anomalie e incoerenze in cui possa imbattersi una pubblica amministrazione nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali. Invero, sono tenute a prestare la propria collaborazione attiva solo un numero piuttosto ristretto di uffici individuati al comma 1 del suindicato articolo. In particolare, si tratta degli uffici delle pubbliche amministrazioni competenti allo svolgimento di compiti di amministrazione attiva o di

⁸ Unità di Informazione finanziaria per l'Italia. Quaderni dell'antiriciclaggio, n.19: “Le pubbliche amministrazioni nel sistema di prevenzione del riciclaggio”, settembre 2022.

⁹ A. TADINI, *Obblighi antiriciclaggio nella PA: l'approccio basato sul rischio*, Azienditalia, 2016, 8-9, 766.

¹⁰ I. BORRELLO, I. COSENZA, M. DI RIENZO, V.M. DONINI, A. FERRARINI, R. LOSANTO, I doveri antiriciclaggio della PA. Un'analisi empirica dei fattori abilitanti svolta nell'ambito della Comunità di pratica dei RPCT, SNA, 2023.

controllo, nell'ambito di: a) procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti di autorizzazione o concessione; b) procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, secondo le disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici; c) procedimenti di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzioni di vantaggi economici di qualunque genere a persone fisiche ed enti pubblici e privati.

Il fondamento della nuova legislazione, per ciò che concerne il ruolo della Pubblica Amministrazione nel presidio antiriciclaggio, è però il quarto comma dell'art. 10, dove, di fatto gli uffici pubblici ritornano, a quelli che erano gli obblighi previsti nella l. n. 197/1991, ovvero a svolgere un ruolo di cooperazione e non più di soggetto obbligato.

In effetti, a seguito di una lettura attenta della norma, si evince come le pubbliche amministrazioni non siano più tenute all'invio di segnalazioni di operazioni sospette, così come veniva ben indicato nel "vecchio" d.lgs. n. 231/2007, ma devono, con una scelta legislativa precisa, comunicare all'UIF i dati e le informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale.

Pertanto, secondo le nuove disposizioni normative, gli uffici della pubblica amministrazione non rientrano più tra i soggetti obbligati all'invio delle segnalazioni di operazioni sospette. Dalla lettura della norma si evince che le pubbliche amministrazioni devono comunicare alla UIF i dati e le operazioni sospette di cui vengano conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale.

Differente difatti è anche la sanzione¹¹ prevista in caso di omessa comunicazione da parte degli uffici della pubblica amministrazione. L'art. 10 prevede per tali omissioni non più sanzioni amministrative bensì l'applicazione di responsabilità dirigenziali previste dall'art. 21 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*¹². Tuttavia, vi è il rischio

¹¹ In generale sulle sanzioni si rinvia a C. BEVILACQUA, *Le previsioni sanzionatorie della normativa antiriciclaggio*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Torino, 2017, 377 ss.

¹² D.lgs. 165/2001, articolo 21 – Responsabilità dirigenziale: 1. I risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi, valutati con i sistemi e le garanzie determinati con i decreti legislativi di cui all'articolo 17

che l'omessa comunicazione di operazioni sospette sia ritenuta essa stessa operazione sospetta.

2. *La funzione di prevenzione del riciclaggio: "La comunicazione delle operazioni sospette" e la "segnalazione delle operazioni sospette"*

La comunicazione e la segnalazione delle operazioni sospette rappresentano strumenti efficaci per prevenire e favorire la repressione dei reati legati al riciclaggio¹³ di fonti provenienti da attività illecite.

Tuttavia, né la segnalazione, né la comunicazione rappresentano una *notitia criminis* per il semplice fatto che con esse si rappresenta soltanto un ragionevole sospetto sull'operatività posta in essere da un cliente.

La normativa di prevenzione del riciclaggio è incentrata sul concetto di segnalazione di operazioni sospette, la cui rilevazione è affidata alla capacità dei segnalanti di individuare le operazioni e/o i comportamenti a rischio di riciclaggio.

In particolare, il legislatore individua un generale dovere di comunicazione sia in capo alle pubbliche amministrazioni che in capo a soggetti diversi, c.d. "soggetti obbligati".

Le prime, per poter assolvere al loro dovere, sono tenute a nominare un responsabile antiriciclaggio (c.d. Gestore delle segnalazioni) al quale devono essere comunicati "dati e operazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengono a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale" e che li segnalerà in via riservata alla U.I.F.

della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni, comportano per il dirigente interessato la revoca dell'incarico, adottata con le procedure previste dall'articolo 19, e la destinazione ad altro incarico, anche tra quelli di cui all'articolo 19, comma 10, presso la medesima amministrazione ovvero presso altra amministrazione che vi abbia interesse. 2. Nel caso di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa, ai sensi del comma 1, il dirigente, previa contestazione e contraddittorio, può essere escluso dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato, per un periodo non inferiore a due anni. Nei casi di maggiore gravità, l'amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi. 3. Restano ferme le disposizioni vigenti per il personale delle qualifiche dirigenziali delle Forze di polizia, delle carriere diplomatica e prefettizia e delle Forze armate.

¹³ F. DI VIZIO, *Il riciclaggio nella prospettiva penale ed in quella amministrativa*, in *Quaderni dell'antiriciclaggio*, n. 20, febbraio 2023.

I soggetti obbligati, invece, una volta che abbiano individuato i comportamenti a rischio di riciclaggio dei clienti/utenti, devono inviare, senza ritardo una apposita segnalazione¹⁴.

Il legislatore ha scelto di specificare le procedure e i procedimenti nell'ambito dei quali trova applicazione il dovere di comunicazione alle U.I.F. (art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 231/2007).

L'art. 10 del d.lgs. n.231 del 2007, al comma 4, prevede che «Al fine di consentire lo svolgimento di analisi finanziarie mirate a far emergere fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, le pubbliche amministrazioni comunicano alla UIF dati e informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale. La UIF, in apposite istruzioni, adottate sentito il Comitato di sicurezza finanziaria, individua i dati e le informazioni da trasmettere, le modalità e i termini della relativa comunicazione nonché gli indicatori per agevolare la rilevazione delle operazioni sospette». Dunque, l'art.10, attribuisce alle pubbliche amministrazioni il dovere di comunicare alla UIF le operazioni sospette di riciclaggio tramite il Gestore.

Stando al report pubblicato dalla Banca d'Italia le comunicazioni delle pubbliche amministrazioni si sono concentrate particolarmente nel periodo 2017-2021.

La maggior parte delle comunicazioni ricevute è stata effettuata dagli uffici centrali della Pubblica amministrazione (oltre il 75%)¹⁵, il 17%, invece, proviene da enti territoriali con comunicazioni accentrate su un numero molto ristretto di enti locali.

Gli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 231/07, ai fini antiriciclaggio spettano anche ad altri soggetti denominati "qualificati".

L'art. 35 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 impone ad un'ampia platea di soggetti (cd. "soggetti obbligati") – costituita da inter-

¹⁴ G. CASTALDI, *La disciplina italiana sulla segnalazione delle ipotesi di riciclaggio: principali novità e problematiche*. Rimini, 29 gennaio 2010.

¹⁵ Rapporti annuali redatti dall'UIF – Banca d'Italia, reperibili sul sito <https://uif.bancaditalia.it>, Newsletter 1/22.

mediari bancari¹⁶ e finanziari, da altri operatori finanziari¹⁷, da professio-

¹⁶ Secondo la giurisprudenza il dovere di segnalazione del responsabile della filiale bancaria non si esaurisce con la mera conoscenza soggettiva dei clienti e della liceità apparente delle operazioni finali. Egli è tenuto ad investigare l'origine e la provenienza del denaro contante utilizzato, applicando criteri oggettivi anche in base alle "Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio" della Banca d'Italia. La valutazione *ex post* della liceità complessiva di un'operazione non esonera dall'obbligo di approfondimento sulle movimentazioni sospette a monte. Cfr. Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 11/09/2024, n. 24396, in Massima Redazionale, 2024; Cass. civ., Sez. II, Ord., (data ud. 14/05/2024) 25/07/2024, n. 20848, in Massima Redazionale, 2024.

¹⁷ I compiti dell'operatore bancario, secondo la normativa antiriciclaggio di provvedere alla segnalazione delle operazioni sospette laddove sia a conoscenza o nutra il sospetto che i beni oggetto delle transazioni provengano da attività criminosa, si esauriscono nel rilevamento di operazioni anomale e nella loro eventuale segnalazione come sospette. Non è richiesto che sia tenuto a vigilare sull'operatività complessiva del conto corrente, non sussistendo alcun onere di vigilanza generica della Banca sulla gestione in conto corrente del patrimonio sociale di un ente, compito spettante fondamentalmente agli organi sociali dello stesso. Cfr. Tribunale Milano, Sez. VII, 07/06/2023, n. 4778.

nisti¹⁸ nell'esercizio della professione in forma individuale¹⁹, associata²⁰

¹⁸ Tra i soggetti tenuti a segnalare si ravvisano, ad esempio, i notai e i commercialisti. Per una disamina si rinvia ai contributi di G. LAURINI, *Antiriciclaggio: il ruolo del notaio tra responsabilità e sanzioni*, in *Notariato* 2024, 1, 5; A. PARROTTA, *Notai: obblighi di adeguata verifica e identificazione del cliente*, in *Notariato*, 2019, 6, 600; G. NIGRO, *Antiriciclaggio: il commercialista deve segnalare l'abuso di contante della società*, in *Il quotidiano giuridico*, 13 febbraio 2024. Anche la giurisprudenza si è espressa sul punto affermando che “in presenza di sintomi di abnormità nel modus operandi della società il consulente è obbligato a segnalare le operazioni formalmente anomale all'autorità amministrativa a ciò preposta per consentirle di verificare se il ricorso frequente e ingiustificato al contante sia stato o meno finalizzato ad eludere le disposizioni dirette a prevenire e punire l'attività di riciclaggio e l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. Cfr. Cass. Civ. Sez. II 22 gennaio 2024, n. 2129. La riforma CARTABIA introdotta dal dlgs 10 ottobre 2023, n. 149 ha previsto l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette a carico dell'aggiudicatario uniformando gli acquisti conseguenti ad esecuzione immobiliare a quelli di natura privatistica. M. IAPPELLI, *La dichiarazione c.d. antiriciclaggio nell'acquisto dell'immobile subastato nel procedimento esecutivo*, in *Esecuzione forzata*, 2024, 3, 652.

¹⁹ La giurisprudenza ha precisato quali sono i presupposti che fanno sorgere l'obbligo di segnalazione in capo a questi soggetti. In particolare, l'obbligo di segnalazione a carico del notaio scatta in presenza di operazioni sospette e anomale in base ai parametri oggettivi o soggettivi indicati dal decreto antiriciclaggio e non presuppone che il notaio abbia acquisito e che comunque sia in possesso di indizi circa la provenienza del prezzo della compravendita da delitti di riciclaggio. In tal senso si è espressa, Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 16/10/2024, n. 26880, in *Quotidiano Giuridico*, 2024. È dai notai che proviene oltre l'80% delle segnalazioni di operazioni sospette cui sono tenuti i professionisti che rilevano indizi di anomalia nelle operazioni compiute dalla clientela. Per un approfondimento si rinvia ai rapporti annuali redatti dall'UIF – Banca d'Italia, reperibili sul sito <https://uif.bancaditalia.it>.

²⁰ Tra i segnalatori vi sono anche gli avvocati. Il 20 settembre 2019, il Consiglio Nazionale Forense (“CNF”) ha emanato, dopo aver ottenuto il parere favorevole del Comitato di Sicurezza Finanziaria, ai sensi degli artt. 11, comma 2, e 16, comma 2, del D.Lgs. 231/2017, le regole tecniche in materia di procedure e metodologie di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo cui gli avvocati sono esposti nell'esercizio della propria attività, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata, della clientela e di conservazione (le “Regole Tecniche”).

o societaria²¹, da altri operatori non finanziari²², da prestatori di servizi di gioco, da società di gestione accentrata di strumenti finanziari e di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari (puntualmente elencati all'art. 3) – di portare a conoscenza della U.I.F.²³, mediante l'invio di una segnalazione di operazioni sospette, le operazioni per le quali “*sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso*

²¹ Come asserito dalla giurisprudenza materia di sanzioni amministrative per violazione della disciplina antiriciclaggio, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 143 del 1991, conv. dalla legge n. 197 del 1991 sostituito dall'art. 1 del d.lgs. n. 153 del 1997 l'amministratore della società fiduciaria, quale “responsabile della dipendenza”, deve segnalare al “titolare dell'attività” (ossia all'organo direttivo della banca) ogni operazione che ritenga provenire da reati attinenti al riciclaggio sulla base di elementi oggettivi riferibili all'operazione stessa o alla capacità economica e all'attività del cliente, non essendo sufficiente, ai fini dell'esonero dall'obbligo di segnalazione, la mera conoscenza, da parte sua, dei soggetti coinvolti e della provenienza del denaro utilizzato. In tal senso, Cass. civ., Sez. II, sent. 08/08/2018, n. 20647.

²² Come espressamente previsto dalla giurisprudenza di legittimità “tema di sanzioni amministrative per la violazione della normativa antiriciclaggio di cui all'art. 3 della l.n. 197 del 1991, *ratione temporis* applicabile, il responsabile della dipendenza è tenuto a segnalare al suo superiore, ogni operazione che lo induca a ritenere che l'oggetto di essa possa provenire da reati attinenti al riciclaggio, effettuando un'ampia ed approfondita valutazione che gli impone, in presenza di elementi che denotano l'anomalia dell'operazione, un approfondimento la cui omissione non può essere giustificata dal richiamo alla conoscenza personale del soggetto che l'ha posta in essere, ma deve estendersi alla provenienza del danaro, oltre che all'effettiva qualità e capacità economica dell'autore delle operazioni, non essendo sufficiente la mera liceità dell'operazione finale ai fini del superamento della presunzione di irregolarità derivante dalla presenza degli indici di anomalia dettati dalla banca d'Italia”. Cfr. Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 11/09/2024, n. 24396 (rv. 672288-01), in CED Cassazione, 2024. In altre parole, dalla lettura del *decisum* della Corte di Cassazione si evince che il responsabile della dipendenza ha un margine di discrezionalità più ridotto (come si avrà modo di chiarire più avanti), dovendo segnalare al suo superiore “ogni” operazione che lo “induca a ritenere” che l'oggetto di essa “possa derivare” da reati attinenti al riciclaggio.

²³ Nel secondo semestre del 2023, stando alle statistiche pubblicate dalla Banca d'Italia, si è osservata una contrazione nel numero delle SOS ricevute (-10,4% rispetto al semestre corrispondente del 2022), prevalentemente indotta dalla diminuzione delle segnalazioni con rating basso e medio-basso, ridotte di circa un terzo. La flessione è sostanzialmente imputabile al comparto bancario e finanziario: in particolare a banche e Poste, IMEL e IP; in diminuzione anche il contributo dei soggetti che esercitano l'attività di custodia e trasporto di denaro contante o valori. Gli altri operatori del settore non finanziario hanno invece incrementato il loro apporto segnaletico, in particolare: notai e CNN, prestatori di servizi di gioco e uffici della pubblica amministrazione.

o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio²⁴ o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa”²⁵. Per gli enti creditizi e finanziari, inoltre, trovano diretta applicazione i regolamenti comunitari in vigore (Regolamento UE n. 267/2012 per l’Iran e Regolamento UE n. 1509/2007 per la Corea del Nord) e il Provvedimento del 27 maggio 2009 della Banca d’Italia²⁶ che estendono l’obbligo segnaletico²⁷ all’ulteriore ipotesi di sospetto di finanziamento di programmi di proliferazione di armi di distruzione di massa²⁸. È opportuno rammentare che, per quanto concerne l’obbligo di

²⁴ G. TRAMONTANO, D. SERRA, *Antiriciclaggio, segnalazioni a perimetro allargato, Guida ai Controlli Fiscali (Soluzioni 24 Fisco- Gruppo Sole 24 ore)* 1 maggio 2016 – n. 5 – 28-31.

²⁵ Come affermato dalla giurisprudenza l’obbligo di segnalazione si fonda su di un giudizio obiettivo sulla idoneità di esse, valutati gli elementi oggettivi e soggettivi che la caratterizzano, a essere strumento di elusione delle disposizioni dirette a prevenire e punire l’attività di riciclaggio (Cfr. Cass. n. 20647 del 2018, in Massima Redazionale 2018; Cass. n. 9089/2007, in Massima Redazionale, 2007).

²⁶ Sono state, previste, delle apposite Istruzioni operative per l’individuazione delle operazioni sospette della Banca d’Italia del 12 gennaio 2001 (c.d. Decalogo), in relazione agli indici di anomalia relativi a tutte le categorie di operazioni, le quali evidenziano il ricorso a tecniche di frazionamento dell’operazione, se volte a eludere gli obblighi di identificazione e registrazione (punto 1.2.), con riferimento a:

- frequenti operazioni per importi di poco inferiori al limite di registrazione, soprattutto se effettuate in contante o per il tramite di una pluralità di altri intermediari, laddove non giustificate dall’attività svolta dal cliente
- accensione di più libretti di deposito bancari o postali al portatore o di altri titoli equivalenti per importi di poco inferiori al limite di registrazione
- prelevamento di ingenti somme mediante richiesta non motivata di assegni circolari di importo di poco inferiore al limite di registrazione

²⁷ La giurisprudenza di merito, asserisce che “L’obbligo di segnalazione delle operazioni sospette che grava in capo al funzionario di un istituto di credito non si fonda sulla effettiva e completa conoscenza di un quadro indiziario di riciclaggio, ma può giustificarsi anche semplicemente sulla base di meri elementi di sospetto, connessi all’effettuazione di una pluralità di operazioni non giustificata dall’attività svolta da parte della persona, ovvero da parte di persone appartenenti allo stesso nucleo familiare o dipendenti e collaboratori di una stessa impresa e comunque da parte di inter-posta persona”. Cfr. Corte appello Roma sez. I, 06/05/2021, n.3374, in *Redazione Giuffrè* 2021.

²⁸ Cfr. in generale, Cass. civ., Sez. II, 30/10/2017, n. 25735, secondo la quale «in materia di sanzioni amministrative per violazione della disciplina antiriciclaggio, ai sensi dell’art. 3, D.L. n. 143 del 1991 il potere di valutare le segnalazioni e (se le ritenga fondate) di trasmetterle al questore spetta solo al titolare dell’attività e, dunque, all’organo direttivo della banca, mentre il responsabile della dipendenza deve segnalare al suo superiore

segnalazione a carico degli Istituti di credito, inizialmente veniva attribuito al dipendente della banca il mero obbligo di segnalare al titolare dell'attività le operazioni che ritenesse sospette. Infatti, è a quest'ultimo che veniva attribuito il potere valutativo²⁹, in quanto ritenuto maggiormente in grado di fornire una valutazione di più ampio respiro, che tenesse in debita considerazione anche elementi soggettivi inerenti al cliente, quali soprattutto la pregressa operatività del soggetto ed i suoi trascorsi rapporti con l'intermediario. Successivamente tale tesi è stata superata dalla considerazione della "necessità di una collaborazione attiva" tra operatore della banca e titolare dell'attività. Anche all'operatore deve, dunque, attribuirsi un potere valutativo o quantomeno di *screening* della condotta adottata dal cliente, soprattutto in considerazione del fatto che l'operatore trovandosi a diretto contatto con il cliente, spesso, conosce meglio di ogni altro soggetto i movimenti di denaro da questi effettuati³⁰.

Come si desume dalla rubrica dell'art. 35, si tratta di un preciso obbligo che incombe sui soggetti privati che deve essere adempiuto senza ritardo (art. 35, comma 1).

Inoltre, allo scopo di prevenire in maniera più efficace i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, i soggetti obbligati devono dotarsi

ogni operazione che lo induca a ritenere che l'oggetto di essa possa provenire da reati attinenti al riciclaggio, sulla base di elementi oggettivi riferibili all'operazione stessa o alla capacità economica e all'attività del cliente. Di talché i direttori di banca, oltre ad una colpa per omesso controllo sui dipendenti, hanno anche una responsabilità diretta, con la conseguenza che nel caso in cui sia stata omessa la segnalazione di spostamenti di ingenti somme di denaro (anche operazioni non particolarmente sospette), i vertici di filiale dovranno pagare sanzioni amministrative in proprio ed in solido con l'Istituto di credito».

²⁹ La giurisprudenza evidenziava che l'obbligo di segnalazione di operazioni bancarie in contanti, previsto dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 143 del 1991, convertito in legge n. 197 del 1991, grava, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del medesimo decreto, secondo l'espressa qualificazione normativa, sugli intermediari abilitati, ovvero gli intermediari impersonalmente considerati, quali ad esempio l'azienda di credito, e non il singolo funzionario o il cassiere addetto all'operazione. All'intermediario abilitato, dunque, viene attribuito il compito di valutare le singole condotte adottate dai clienti e, una volta individuate quelle sospette, di provvedere alla comunicazione. Sul punto si rinvia a Cassazione civile sez. II, 30/11/2016, n.24435. La sentenza è reperibile su *Diritto&Giustizia*, 2016.

³⁰ Sul punto si rinvia a A. BARBAZZA, *La segnalazione di operazioni sospette nel panorama giurisprudenziale: il difficile punto di equilibrio fra la visione oggettiva della Corte di Cassazione e quella maggiormente personalistica dei Giudici di merito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 2, 231, nota a Tribunale Udine, 17 gennaio 2012, n.57

di un “complesso organizzativo” e di controllo adeguato, nonché di strategie e funzioni idonee ad assicurare l’efficace prevenzione del riciclaggio. Deve, allora, essere attuata una vera e propria *policy*³¹ che comprenda appunto le procedure di controllo interno, i metodi per la conservazione dei dati e qualunque altra azione necessaria affinché la normativa anti-riciclaggio possa essere effettivamente rispettata.

Ne deriva che il cardine dell’attività di collaborazione antiriciclaggio va individuata nella struttura accentrata, che ciascun intermediario deve individuare al proprio interno, al quale spetta il compito di verifica e controllo sulle condotte. Il contenuto delle segnalazioni di operazioni sospette è definito dalla U.I.F. (art. 6, comma 4, lett. d) con proprie Istruzioni, emanate con Provvedimento del 4 maggio 2011³². Si rammenta che la trasmissione delle segnalazioni alla U.I.F. avviene in via telematica, tramite il portale Internet Infostat -U.I.F.³³, previa registrazione e abilitazione del segnalante al sistema, secondo le modalità indicate nella sezione “Modalità di accesso al portale Infostat-U.I.F.”. Dunque, in presenza di elementi che fanno sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio, i soggetti obbligati sono tenuti a effettuare la segnalazione. La segnalazione è una mera attività comunicativa che, se realizzata in buona fede e per le finalità previste dalla normativa, non costituisce violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e non comporta responsabilità di alcun tipo (art. 35, comma 4).

L’adempimento degli obblighi di segnalazione di operazioni sospette è presidiato da garanzie di riservatezza e di anonimato del

³¹ Sul punto si rinvia allo scritto di S. GALMARINI, *I “nuovi” presidi organizzativi antiriciclaggio per gli intermediari*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 12 giugno 2018.

³² Con due comunicazioni del 16 aprile 2020 e dell’11 febbraio 2021 la UIF ha richiamato l’attenzione dei soggetti obbligati sui nuovi fattori di rischio connessi alla pandemia, in particolare sulla possibile infiltrazione della criminalità organizzata nei confronti delle sovvenzioni erogate dallo Stato per far fronte al blocco economico dovuto ai vari lockdown. Nei comunicati, infatti, veniva evidenziato come i provvedimenti legislativi di emergenza fossero stati presi di mira per un utilizzo illecito, tra cui, ad esempio, l’uso illegittimo di detrazioni fiscali riconosciute dallo Stato e dall’eventuale natura fittizia dei relativi crediti fiscali.

³³ G. ARCELLA, M. MANENTE, *Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza*, in *Notariato*, 2020, 1, 23.

segnalante³⁴. L'obiettivo è, dunque, quello di proteggere i soggetti coinvolti nel corso del procedimento, in caso contrario, qualora non fosse garantito l'anonimato del segnalante si rischierebbe di vanificare l'intera procedura di segnalazione. I soggetti coinvolti, infatti, per il timore di conseguenze pregiudizievoli, finirebbero per omettere di segnalare le "operazioni sospette"³⁵.

In considerazione del fatto che la segnalazione, così come la comunicazione delle operazioni sospette, viene effettuata nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, è opportuno predisporre un apposito piano di tutela delle persone coinvolte. In particolare, il legislatore prevede che: a) i soggetti obbligati e gli ordini professionali che ricevono le segnalazioni dai propri iscritti sono obbligati ad adottare misure volte ad assicurare la massima riservatezza dell'identità delle persone che effettuano la segnalazione (art. 38, commi 1 e 2); b) la segnalazione inoltrata deve essere priva di qualsiasi riferimento al nominativo della persona fisica segnalante (art. 36, comma 6 e art. 37 commi 2 e 3); c) gli organi investigativi sono tenuti ad omettere, nelle denunce eventualmente trasmesse all'autorità giudiziaria, l'identità delle persone fisiche e degli altri soggetti obbligati che hanno inviato la segnalazione (art. 38, comma 4); d) l'autorità giudiziaria può richiedere l'identità del segnalante solo con decreto motivato, quando lo ritenga

³⁴ Le persone che effettuano la segnalazione, se per un verso sono obbligati a non dare comunicazioni inerenti le segnalazioni di operazioni sospette (art. 39), per altro verso, sono tutelati quanto alla riservatezza della propria identità, mediante "tutte le misure idonee" (art. 38). Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sent., (data ud. 17/09/2020) 05/10/2020, n. 5815, in *Massima Redazionale*, 2020. In altri termini è tutelata la riservatezza dell'identità del segnalante e della segnalazione: nessuno deve rivelarne l'identità al fine di evitare che per timore i soggetti non provvedano più alla segnalazione.

³⁵ Parimenti deve essere tutelata anche l'identità del soggetto segnalato, che deve rimanere anonima fino a quando non si sia concluso il procedimento. Per una disamina generale sulla tutela del segnalante si rinvia allo scritto di A. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 2019, 3, 393 ss. F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, 475 ss. In giurisprudenza, invece, si afferma che «sul regime, ad esempio, di tutela dei dipendenti pubblici che segnalano illeciti (c.d. whistleblowers), non si richiede che la segnalazione delle condotte illecite venga effettuata nell'interesse della sola amministrazione e le tutele previste avverso gli atti ritorsivi ivi previste si applicano anche quando l'interesse all'integrità della p.a. coincide o si accompagna con l'interesse privato del segnalante». Cfr. T.a.r. Lazio Roma, Sez. I quater, 07/01/2023, n. 236, in *Quotidiano Giuridico*, 2023.

indispensabile ai fini dell'accertamento dei reati per i quali si procede (art. 38, comma 3).

Come più volte affermato dalla giurisprudenza, l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette nasce dall'operazione stessa, pertanto, non è richiesta né la certezza che sia stato commesso un reato a monte, né la sussistenza della finalità di riciclaggio dell'operazione.

Ne deriva che la segnalazione deve essere fatta sulla base di un giudizio obiettivo sull'idoneità delle operazioni a eludere le disposizioni dirette a prevenire e punire "attività di riciclaggio"³⁶.

La normativa distingue tra "segnalazioni di operazioni sospette", che devono essere inviate alla U.I.F. dai privati (art. 35), e "comunicazione di operazioni sospette" (art. 10), che devono essere inviate dalla pubblica amministrazione³⁷. Tuttavia, questa differenza terminologica è soltanto nominalistica ed ha la finalità, dal punto di vista funzionale, di sottolineare il fatto che gli uffici della pubblica amministrazione non rientrano nel novero dei soggetti obbligati. In altri termini, dal punto di vista sostanziale, comunicazione e segnalazione hanno il medesimo contenuto e sono trattate nel medesimo modo dalla U.I.F.

3. *Situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e dei "c.d. soggetti obbligati": dovere e obbligo*

Alla comprensione dell'intera problematica in esame, apporta un contributo considerevole l'individuazione della natura delle situazioni giuridiche soggettive che fanno capo alla pubblica amministrazione e ai soggetti obbligati nella normativa antiriciclaggio.

Mentre non ci sono dubbi sulla natura della situazione giuridica soggettiva che incombe sui "soggetti obbligati" ai sensi dell'art. 35 del d.lgs.

³⁶ Cfr. Cass. civ., sez. II, ord. 14/11/2024, n. 29391, in Massima Redazionale, 2024;

³⁷ Tuttavia, questa differenza terminologica è funzionale unicamente a sottolineare il fatto che gli uffici della pubblica amministrazione non rientrano nel novero dei soggetti obbligati. Nella sostanza, comunicazione e segnalazioni hanno il medesimo contenuto e sono trattate nel medesimo modo dalla UIF. Cfr. M. DI RIENZO, A. FERRARINI, *Un viaggio tra i fenomeni che mettono a rischio l'integrità*, in *Azienditalia*, 2024, 4, 605; M. DI RIENZO, A. FERRARINI, *Viaggio nel mondo dei codici di comportamento della PA: istruzioni per l'uso – Pro patria mori? Dovere di collaborazione e tutela del whistleblower nell'art. 8 del Codice di Comportamento dei Dipendenti pubblici*, in *Azienditalia*, 2022, 7, 1310. Inizio modulo Fine modulo

n. 231 del 2007 – dal momento che il legislatore espressamente la qualifica come un obbligo – del pari non si ha analoga chiarezza, nella previsione normativa di cui all'art 10 del d.lgs. n. 231/2007³⁸, sulla natura della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare la pubblica amministrazione nell'esercizio della sua funzione³⁹ preventiva in materia di riciclaggio. A tal proposito, si pone il problema se si tratti di un obbligo o di un dovere. Anche se il legislatore non la qualifica espressamente come un obbligo e/o dovere, la natura della predetta situazione giuridica si desume implicitamente dal richiamo espresso che il comma 6 del predetto articolo fa alla norma⁴⁰ del testo unico in materia di pubblico impiego, che prevede la responsabilità del dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione. Il riferimento normativo alla responsabilità dirigenziale fa propendere per la sussistenza di un dovere di provvedere atteso che nessuna conseguenza giuridica è prevista nel caso in cui la pubblica amministrazione, mediante il Gestore antiriciclaggio non provveda alla segnalazione delle operazioni sospette. In teoria sussisterebbe un generale dovere di collaborazione in capo alla pubblica amministrazione che si manifesta mediante i classici strumenti di controllo e di vigilanza e che potrebbe sortire dei maggiori risultati sul piano concreto, prevedendo un analogo dovere anche in capo ai singoli dipendenti, con la previsione di una sanzione disciplinare nel caso di inosservanza dei compiti assegnati⁴¹.

³⁸ Appare incontestabile che l'attività preventiva del rischio-riciclaggio richiede una valutazione di comportamenti tenuti da soggetti estranei all'ente, mentre i modelli organizzativi sono invece improntati a un'autovalutazione interna

³⁹ C. NICOLOSI, *Funzione amministrativa e rischio riciclaggio*, in *P.a. Persona e Amministrazione*, riviste giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia, 2023, n.1 vol. XII, 368.

⁴⁰ Art. 21, comma 1 -bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165

⁴¹ Nella determinazione della sanzione amministrativa per omessa segnalazione di operazioni sospette ai sensi dell'art. 58 del D.Lgs. n. 231 del 2007 la Corte deve tener conto degli elementi oggettivi e soggettivi della violazione. È illegittima la determinazione della sanzione che non consideri correttamente la gravità delle operazioni sospette, calcolandone erroneamente l'ammontare in maniera sproporzionata. Cfr. Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 29/07/2024, n. 21112, in Massima redazionale, 2024.

4. *L'autovalutazione del rischio delle operazioni sospette: il presupposto della comunicazione e della segnalazione delle operazioni sospette*

La segnalazione di operazioni sospette, come si è innanzi evidenziato, non costituisce notizia di reato, ma piuttosto rappresenta una forma di collaborazione dell'amministrazione nei confronti degli organi deputati ad accertare, ed eventualmente reprimere, determinati illeciti. La collaborazione attiva, tuttavia, non può di per sé bloccare l'attività amministrativa. Pertanto, se durante lo svolgimento dell'istruttoria emergono, oltre al mero sospetto, profili di reato, il responsabile del procedimento è legittimato ad adottare il diniego del provvedimento e a denunciare il fatto all'autorità giudiziaria. In tal senso, lo strumento di rilevazione e analisi dei sospetti svolge un ruolo di ausilio all'azione amministrativa.

La segnalazione di operazioni sospette, dunque, è un atto discrezionale del soggetto segnalante che procederà a comunicare l'operazione qualora, attraverso un ragionamento logico deduttivo, emerga il sospetto di riciclaggio o finanziamento del terrorismo⁴².

Il presupposto dell'attività comunicativa, sia per le pubbliche amministrazioni, che per i soggetti obbligati, è "l'autovalutazione del rischio". Un dovere, quello dell'autovalutazione⁴³, che può essere definito prodromico e funzionale all'adempimento dei più generali doveri di antiriciclaggio, in particolare di quello della comunicazione delle operazioni sospette.

Per quanto riguarda l'attività di prevenzione di competenza della pubblica amministrazione va osservato che ogni operatore pubblico è chiamato a censire i rischi, a delineare una mappatura che serva a capire in concreto a quali di essi è esposto e come prevenirne il verificarsi, a dotarsi di assetti organizzativi, di procedure e di controlli idonei a tale gestione. È compito dell'operatore attivare i tradizionali strumenti di responsabilità e

⁴² L. RAPONI, *I soggetti destinatari di specifici obblighi antiriciclaggio e i relativi illeciti*, in *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, a cura di C. BERNASCONI e F. GIUNTA, Milano, 2011, 85; B. BANDIERA, *La segnalazione delle operazioni sospette da parte dei professionisti*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 6 luglio 2011.

⁴³ Ad esempio, ciò che si richiede agli avvocati è una corretta calibrazione dell'attività di controllo della clientela e dell'operazione e/o servizio richiesto, sia in sede della c.d. "autovalutazione dei rischi" che di "adeguata verifica della clientela", al grado di rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo sussistente caso per caso. Sul punto si rinvia allo scritto di S. Galmarini, *Antiriciclaggio: arrivano le Regole Tecniche per gli avvocati*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 23 ottobre 2019.

di controllo dell'azione amministrativa, per la verifica della legittimità dei comportamenti, dell'economicità della gestione pubblica, della correttezza delle decisioni e, infine, della corretta allocazione delle risorse. A questi doveri si aggiunge anche quello di intercettare e comunicare prontamente anomalie, incoerenze, criticità in cui possa imbattersi la pubblica amministrazione nello svolgimento delle proprie attività istituzionali. Il dovere di comunicazione si concretizza, dunque, «quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso e che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che, comunque, i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa». Si impone, pertanto, un giudizio obiettivo sull'idoneità di tali operazioni a eludere le disposizioni antiriciclaggio⁴⁴. Dunque, a legittimare la segnalazione è sufficiente il sospetto che il soggetto con cui l'amministrazione si relaziona risulti coinvolto in attività illecite o possa sfruttare per scopi illeciti il rapporto con la pubblica amministrazione.

I motivi del sospetto e le operazioni rilevate devono essere descritti in maniera chiara e completa, al fine di procedere alla comunicazione alla U.I.F.⁴⁵, prima, e agli organi investigativi, dopo, che hanno il compito di svolgere tutti gli approfondimenti utili a contrastare le eventuali attività criminali.

Nel caso di specie il “sospetto” di un'operazione, secondo il disegno del decreto antiriciclaggio, dovrebbe essere il frutto di una valutazione compiuta sulla base di elementi soggettivi. Il processo valutativo, sicuramente non semplice e di immediata attuazione, si fonda sul cosiddetto

⁴⁴ Cass., Sez. II, 29 aprile 2024, n. 11440; Cass., Sez. II, 8 agosto 2018, n. 20647; Cass., Sez. II, 10 aprile 2007, n. 8699 Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 07/03/2007) 10/04/2007, n. 8699.

⁴⁵ Effettuata la comunicazione, la UIF procede all'analisi finanziaria, finalizzata a selezionare, anche attraverso la ricostruzione dell'origine e della destinazione dei fondi, attività sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo per agevolare e orientare la successiva attività investigativa e giudiziaria, finalizzata all'accertamento dei reati. Alla Uif, dunque, spetta il compito di accertare l'esistenza del *fumus boni iuris* inerente alla comunicazione. Considerata la non esaustività dell'elenco di indicatori di anomalia ciascun operatore, relativamente al proprio ambito di attività, è tenuto in ogni caso ad effettuare la segnalazione al Gestore ogni qualvolta sappia o abbia ragionevole motivo di ritenere che sia stato compiuto o tentato il compimento di operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

“approccio basato sul rischio”⁴⁶, ovvero sull’analisi e sul confronto di quegli elementi che, acquisiti dall’ufficio nell’ambito dell’attività svolta, riguardano le caratteristiche sia dell’operazione (soprattutto con rilievo al settore d’attività), sia della persona fisica e giuridica, a cui la stessa è riferita.

5. *Gli indicatori di anomalia delle operazioni sospette di riciclaggio*

In tale cornice, si rilevano particolarmente importanti i cd. indicatori di anomalia⁴⁷, aventi il compito di individuare i comportamenti

⁴⁶ Una prima ricostruzione sistematica del diritto del rischio si deve a A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, 109 ss., seguita da R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, 2020.

⁴⁷ Fattispecie di comportamenti anomali, finalizzati ad agevolare la valutazione, da parte dei segnalanti, degli eventuali profili di sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo contenuti nel Decreto ministeriale del 25 settembre 2015 e richiamati nel provvedimento UIF del 23 aprile 2018. Di recente la UIF ha adottato un nuovo provvedimento recante gli Indicatori di Anomalia del 12 maggio 2023 e allegato: applicabile dal 1° gennaio 2024.

Indicatori di anomalia: Decreto del Ministro dell’Interno del 25 settembre 2015, “Determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l’individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo da parte degli uffici della pubblica amministrazione”; Provvedimento della Banca d’Italia del 30 gennaio 2013, “Indicatori di anomalia per le società di revisione e revisori legali con incarichi di revisione su enti di interesse pubblico”; Decreto del Ministero dell’Interno del 27 aprile 2012, “Modificazione del decreto 17 febbraio 2011 di determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l’individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio da parte di talune categorie di operatori non finanziari”; Decreto del Ministero dell’Interno del 17 febbraio 2011, “Determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l’individuazione di operazioni sospette di riciclaggio da parte di talune categorie di operatori non finanziari”; Decreto del Ministero della Giustizia del 16 aprile 2010, “Determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l’individuazione di operazioni sospette di riciclaggio da parte di talune categorie di professionisti e dei revisori contabili”; Delibera n. 616 del 24 agosto 2010 della Banca d’Italia, “Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari”; Provvedimento del 27 maggio 2009, “Indicazioni operative per l’esercizio di controlli rafforzati contro il finanziamento dei programmi di proliferazione di armi di distruzione di massa”.

Recentemente, infine, la UIF ha pubblicato lo Studio n. 23 della serie Quaderni dell’antiriciclaggio dal titolo “Corruption risk indicators in public procurement: A

rischiosi da tener presente al fine dell'adempimento del dovere di comunicazione⁴⁸.

Gli indicatori di anomalia⁴⁹ consistono in un elenco di comportamenti della clientela da ritenere atipici e potenzialmente indicativi di intenti di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. L'elencazione ha natura meramente esemplificativa, come si desume dal tenore della relativa disposizione.

Si tratta sostanzialmente di istruzioni volte ad agevolare gli operatori, le quali da un lato non esauriscono le ipotesi possibili di operazioni sospette e dall'altro non costituiscono il necessario presupposto, perché l'operazione debba essere segnalata.

Ne deriva che la mera ricorrenza di comportamenti descritti nell'indicatore non è motivo di per sé sufficiente per la segnalazione di operazioni sospette, così come l'assenza di indicatori può non essere di per sé sufficiente a escludere che l'operazione sia sospetta.

La loro funzione è di ridurre quindi i margini di incertezza conseguenti a valutazioni soggettive o a comportamenti discrezionali.

Quanto detto non sta a significare che essi si sostituiscano *in toto* al funzionario "gestore"⁵⁰, al quale la struttura pubblica assegna il delicato

proposal using Italian open data" con l'obiettivo di incrementare la trasparenza e l'integrità negli appalti pubblici.

L'Autorità – dopo aver rilevato che alcuni settori degli appalti (ad es. settori speciali e forniture di prodotti) presentano un elevato rischio corruttivo e che esiste una correlazione tra il rischio corruttivo e le imprese potenzialmente prossime a contesti di criminalità organizzata – ha proposto una metodologia basata su 12 indicatori di rischio che, attraverso l'aggregazione di dati, permette di quantificare il rischio di corruzione nelle gare pubbliche italiane e individuare potenziali condotte corruttive. Gli indicatori, calcolati per le gare pubblicate in Italia tra gennaio 2018 e giugno 2023, non solo aiutano a valutare il rischio di corruzione in ogni singola gara con la possibilità di calcolare un indice di rischio complessivo per ogni aggiudicazione, ma offrono anche un supporto nel monitoraggio degli appalti e nelle attività di antiriciclaggio e di investigazione.

⁴⁸ A. SERGIACOMO, *Frodi fiscali internazionali, i nuovi indicatori antiriciclaggio*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 9 maggio 2012.

⁴⁹ Sulla differenza tra "anomalia" e "sospetto", nonché sul meccanismo di segnalazione, v. R. RAZZANTE, *Osservazioni sul nuovo regime di segnalazione delle operazioni sospette ai sensi del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153*, in *Dir. Banca*, 1998, 1.

⁵⁰ Al "gestore" spetta primariamente il compito di definire le procedure valutative, procedure che, al pari di quelle già previste per gli altri soggetti obbligati, devono assicurare efficacia, omogeneità dei comportamenti, riservatezza, tracciabilità della

compito della valutazione, ma la loro funzione è quella di supportarlo, riducendo i margini d'incertezza, sempre presenti in ogni valutazione soggettiva.

Pertanto, proprio al fine di agevolare l'attività di valutazione del soggetto obbligato in merito al profilo di sospetto, l'Unità di Informazione Finanza ha elaborato gli indicatori di anomalia, così da ridurre le incertezze derivanti da valutazioni soggettive e discrezionali del soggetto obbligato.

Tuttavia, questi indici, pur costituendo un ausilio importante, non rappresentano un riferimento sufficiente ai fini dell'adempimento dell'obbligo di segnalazione.

Al contrario, si tratta di uno strumento operativo da utilizzare caso per caso: l'assenza nel caso concreto di indicatori non toglie l'onere di segnalazione, nel caso in cui l'operatore abbia motivo di considerarla sospetta; né la presenza di un indice di anomalia comporta automaticamente che un'operazione sia valutata a rischio riciclaggio. Si tratta sostanzialmente di istruzioni che operano in funzione di sussidio.

Ne deriva che la mera ricorrenza di comportamenti descritti nell'indicatore non è motivo di per sé sufficiente per la segnalazione di operazioni sospette, così come l'assenza di indicatori può non essere di per sé sufficiente a escludere che l'operazione sia sospetta⁵¹.

Il 12 maggio 2023 la U.I.F. ha emanato il provvedimento recante gli indicatori di anomalia con efficacia dal 1 gennaio 2024. Esso contiene 34 indicatori di anomalia, ciascuno dei quali articolato in sub-indici, che costituiscono esemplificazioni dell'indicatore di riferimento.

Gli indicatori evidenziano operazioni soggettivamente ed ogget-

decisione, e, soprattutto, tempestività nell'inoltro della segnalazione, che, vale la pena di rammentarlo, può anche riguardare operazioni non effettuate proprio perché già "ab origine" sprovviste dei necessari requisiti (ad esempio, il rigetto della domanda di partecipazione ad un gara d'appalto presentata da un'impresa priva dei necessari requisiti tecnico-finanziari). Sul punto si rinvia allo scritto di A. TADINI, *Obblighi antiriciclaggio nella P.A.: l'approccio basato sul rischio*, in *Azienditalia*, 2016, 8-9, 766. Più in generale, invece, si rinvia allo scritto di V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contr. Impr.*, 2024, 3, 586.

⁵¹ Cfr. Cass. civ., Sez. II, Ord., (data ud. 08/10/2024) 14/11/2024, n. 29391, in *Massima Redazionale*, 2024.

tivamente sospette: essi ed i relativi sub-indici devono essere selezionati da parte dei soggetti obbligati alla luce della concreta attività svolta⁵².

Per quanto riguarda l'autovalutazione del rischio essa non deve tradursi in una attività di investigazione al di fuori del perimetro delle attività e delle competenze proprie di ciascuno, né del pari può comportare rallentamenti o interruzioni dell'attività amministrativa, ovvero comprometterne l'efficacia e l'efficienza.

Gli uffici pubblici dovrebbero effettuare la valutazione del rischio utilizzando tutte le informazioni e i documenti di cui essi dispongono, in ragione dello svolgimento delle proprie funzioni istituzionali, focalizzando la propria attenzione su eventuali anomalie, che inducono a considerare un determinata operazione come sospetta.

Sebbene occupino un posto rilevante per orientare i soggetti preposti alla valutazione delle operazioni, gli indicatori e gli schemi di anomalia, come sopra accennato, non hanno carattere esaustivo, né sono tassativi, anche in considerazione della continua evoluzione delle modalità di svolgimento delle operazioni.

L'obiettivo di tali indici è deflazionare le comunicazioni, circoscrivendo l'attività di antiriciclaggio alle operazioni con una potenzialità lesiva maggiore, che si desume, appunto, dalla compatibilità con i predetti indicatori⁵³,

Tuttavia, l'emanazione degli indicatori di anomalia costituisce una svolta nel rapporto pubblica amministrazione e antiriciclaggio, in quanto viene rafforzato il ruolo e la funzione del "potere pubblico" nella prevenzione dell'utilizzo del sistema economico a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

⁵² Essi sono reperibili su [https://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia/provvedimento della Uif 12 maggio 2023](https://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia/provvedimento%20della%20Uif%2012%20maggio%202023).

⁵³ Altre indicazioni sono contenute nella circolare del 15 settembre 2023, n. 27. Per un commento alla circolare si rinvia a M. ROSSI, *Titolare effettivo e segnalazione di operazioni sospette dopo la circolare n. 27/2023*, in *Azienditalia*, 2024, 1, 7; V. ZAMPAGLIONE, G. A. M. TRIMARCHI, *Verifica antiriciclaggio tra obbligatorietà e ragionevolezza*, in *Notariato*, 2019, 6, 581.

6. *L'indeterminatezza dell'espressione legislativa "operazioni sospette di riciclaggio"*

L'adempimento del dovere di comunicare le operazioni sospette di riciclaggio viene pregiudicato dalla genericità e dalla vaghezza dell'espressione legislativa "operazioni sospette" di riciclaggio che non consente ai funzionari di individuare con certezza quali siano le operazioni da segnalare⁵⁴.

L'esigenza di chiarezza normativa, del resto, è stata avvertita dallo stesso legislatore, che ha cercato di specificare cosa si intenda per "operazione sospette" nella lettera dell'art. 35 del decreto Antiriciclaggio, che disciplina l'obbligo di segnalazione previsto per i "soggetti obbligati". La disposizione prevede che questi ultimi (comprese le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 10) inviino senza ritardo una segnalazione alla U.I.F. "quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa". Dunque, il punto di partenza è la genericità della terminologia utilizzata dal legislatore.

L'indeterminatezza semantica della fattispecie è un fenomeno che involge l'intero ordinamento giuridico e che nell'ambito del diritto amministrativo viene ricondotta, tradizionalmente, alla categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato o a quella delle clausole

⁵⁴ Sulla diversità strutturale delle norme "vaghe" o elastiche, cfr. vds. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 7. Per un approfondimento, vds. E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Encicl. dir. – Annali*, Milano, 2012, vol. V, pp. 183 ss.; ID., *Il sindacato della Corte di cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2004, pp. 581 ss.; ID., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003; ID., *Orientamenti della Cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 2003, I, 1845 ss.; ID., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell'ordinamento*, *ivi*, 1999, I, 3558 ss.

Secondo E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, pp. 690 ss., «la disposizione che contempla una clausola generale non enuncia quindi una norma in senso proprio, ma un ideale di norma» o «idea-limite», dalla quale attingere per l'identificazione della "norma individuale".

generali. L'utilizzo di tali concetti attiene ad una tecnica legislativa che non descrive la fattispecie in maniera tassativa, ma rinvia, per la loro determinazione, all'attività dell'interprete. Nel diritto amministrativo, l'interprete del concetto giuridico indeterminato è la pubblica amministrazione in prima battuta, e il giudice amministrativo, in seconda. Infatti, il concetto giuridico indeterminato deve essere, in primo luogo, interpretato ed applicato dalla pubblica amministrazione e, solo eventualmente e comunque successivamente, dal giudice amministrativo chiamato a sindacare l'esercizio del potere⁵⁵.

Invero, la *ratio* di tale scelta è stata quella di consentire alla pubblica amministrazione di decidere attraverso l'esercizio di un potere valutativo a maglie larghe. Il sospetto di riciclaggio viene inteso dal legislatore in senso ampio sulla base delle caratteristiche, dell'entità, della natura delle operazioni, del loro collegamento o frazionamento o di altra circostanza conosciuta, in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui l'operazione è riferita.

La funzione della utilizzazione di una formula di tal fatta è quella di conferire alla pubblica amministrazione un potere valutativo più ampio di quello che viene normalmente attribuito in caso di fattispecie normative analitiche.

Tuttavia, il legislatore incorre in una contraddizione data dal fatto che, prima demanda alla pubblica amministrazione il compito di specificare le operazioni sospette, per adeguarle alla mutevolezza della realtà e, poi, dall'altra, fissa le linee guida ovvero gli indicatori di anomalia che devono servire per l'individuazione delle operazioni e dei comportamenti sospetti di riciclaggio. L'emanazione di linee guida da parte di un soggetto giuridico diverso dalle amministrazioni preposte allo svolgimento del dovere di comunicazione ingessa il potere di queste ultime, vale a dire lo tipicizza in maniera tale da operare contro l'obiettivo perseguito dal legislatore.

Sono due scelte che contrastano tra di loro anche se sembrano

⁵⁵ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005. 97 ss., il quale rileva la differenza con il diritto civile ove è il giudice civile ad attuare la clausola generale (altra categoria giuridica che ruota attorno all'indeterminatezza del testo della norma), traendo la regola del caso concreto. Mentre nel diritto amministrativo «spetta anzitutto all'amministrazione interpretare e applicare tale concetto».

potersi conciliare. Per l'esattezza contrastano sul piano dogmatico; invece, sul piano pratico, sembrano potersi conciliare solo se la pubblica amministrazione compia, con autonomia di giudizio, la sua valutazione, concependo le linee guida, non come disposizioni rigide, ma come indicazioni di massima e come un ausilio da prendere in considerazione ai fini dell'accertamento del sospetto stesso.

La complessità del giudizio volto a individuare l'operazione sospetta è aggravata dal fatto che il legislatore ha posto a base dell'obbligo e del dovere di comunicazione e di segnalazione non una operazione di riciclaggio certa e provata, bensì una operazione sospetta. Il sospetto è qualcosa molto di meno di una prova e di un indizio. Esso integra l'astratta possibilità che una operazione sia finalizzata al riciclaggio, non la probabilità che lo sia. Si ha prova rappresentativa di un fatto quando da un fatto noto si ricava per rappresentazione l'esistenza del fatto da provare. La prova consente di avere certezza del fatto da provare. Si ha indizio o prova critica, invece, quando da un fatto provato (la circostanza indiziante) si ricava l'esistenza di un ulteriore fatto da provare. Il collegamento fra la circostanza indiziante e il fatto da provare è costituito da una inferenza basata su di una massima di esperienza o su di una legge scientifica⁵⁶. La decisione di ancorare l'obbligo e il dovere di comunicazione e di segnalazione a un mero sospetto e non a una prova o a un indizio amplia notevolmente la platea delle operazioni suscettibili di essere comunicate e segnalate, rendendo la relativa nozione ancora più vaga e indeterminata.

7. *La natura dell'attività posta in essere per l'individuazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette sul piano teorico*

È opportuno fare chiarezza sulla natura dell'attività che gli uffici della pubblica amministrazione devono porre in essere per l'individuazione, la qualificazione valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette⁵⁷.

⁵⁶ P. TONIN, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2024, 249 ss., e ivi indicazioni bibliografiche.

⁵⁷ R. RAZZANTE, *La normativa antiriciclaggio in Italia*, Torino, 1999, 27; L. STAROLA, *Istruzioni UIF sulle segnalazioni di operazioni sospette: analisi, dubbi e perplessità*, in *Corr. trib.*, 2011, 120; DI DIO, *Reati tributari e segnalazioni per operazioni sospette: evoluzione normativa e risvolti investigativi*, in *Fisco*, 2011, 5003; F. GIAVAZZI, *La "lotta" al riciclaggio*

La norma di cui all'art.10, comma 4, del decreto antiriciclaggio pone a fondamento del dovere di comunicazione l'esercizio di un potere valutativo piuttosto ampio in capo alla pubblica amministrazione, in ragione della formula vaga e generica utilizzata dal legislatore.

Il "sospetto" di riciclaggio viene inteso dal legislatore in senso ampio, sulla base delle caratteristiche, dell'entità, della natura delle operazioni, del loro collegamento o frazionamento o da ogni altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate dall'ufficio pubblico, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui l'operazione è riferita⁵⁸.

Decisamente importante è il momento in cui gli uffici svolgono l'attività istruttoria, è proprio durante lo svolgimento della fase più importante del procedimento che l'amministrazione procede ad acclarare la situazione di fatto esistente. La ricostruzione del fatto, da un lato, consente all'amministrazione di articolare la propria azione sulla realtà oggettiva, dall'altro, rappresenta la cornice nel cui ambito si collocheranno gli interessi da comparare.

La comunicazione delle operazioni e dei comportamenti sospetti di riciclaggio non deve essere intesa come una mera attività ricognitiva e informativa, ma deve essere il risultato di un processo valutativo che il funzionario è chiamato a svolgere durante l'espletamento della attività istruttoria e tenendo conto degli elementi soggettivi e oggettivi delle fattispecie concrete sottoposte al suo esame. Tutte le informazioni acquisite vanno poi comunicate al gestore o a una struttura organizzativa all'interno dell'amministrazione, cui spetta il compito di valutare ed eventualmente trasmettere alla U.I.F. le informazioni ricevute.

nel contesto societario: incoerenze normative e aporie prasseologiche, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 769.

⁵⁸ Assumono rilevanza, tutte le circostanze "conosciute in ragione delle funzioni esercitate" e da ogni altro dato a disposizione dei segnalanti, "tenendo conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto". Cfr. M. CASTELLANETA, C. LICINI, *Osservatorio europeo e internazionale – Consiglio UE- Riciclaggio*, in *Notariato*, 2024, 4, 423; A. TADINI, *Obblighi antiriciclaggio nella PA: l'approccio basato sul rischio*, in *Azienditalia*, 2016, 8-9, 766; A. BARBAZZO, *La segnalazione di operazioni sospette nel panorama giurisprudenziale: il difficile punto di equilibrio fra la visione oggettiva della Corte di Cassazione e quella maggiormente personalistica dei Giudici di merito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 2, 231, nota a Tribunale Udine, 17 gennaio 2012, n.57; E. AMODIO – C.M. LICINI – R. DANOVÌ – C. COCUZZA – G.G. BELLAVIA, *La nuova normativa antiriciclaggio e le professioni*, Milano, 2008.

La valutazione deve essere attenta e approfondita. Le valutazioni compiute dagli uffici pubblici alla luce dei dati e delle informazioni acquisiti nello svolgimento dei procedimenti amministrativi vanno ad alimentare il patrimonio informativo dell'U.I.F. e costituiscono oggetto di analisi e di sviluppo. Insomma, i dati raccolti dimostrano come la funzione in chiave di antiriciclaggio, che la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere, è nelle mani degli uffici amministrativi.

Il problema di fondo è che l'attività valutativa non è ancorata ad una facile e chiara individuazione dei comportamenti che possono essere considerati "sospetti" e, dunque, potrebbe divenire attuale il pericolo che siano classificate come sospetti anche atti e operazioni del tutto estranei al rischio del riciclaggio.

Sebbene manchi una disposizione in tal senso, è necessario ottemperare alla comunicazione senza ritardo o comunque in un termine ragionevole, in modo da consentire all'U.I.F., prima, e agli Organi investigativi (Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza e Direzione investigativa antimafia), dopo, di svolgere tutti gli approfondimenti utili a contrastare le eventuali attività criminali rilevate⁵⁹.

Effettuata la comunicazione, la U.I.F. procede all'analisi finanziaria, finalizzata a selezionare, anche attraverso la ricostruzione dell'origine e della destinazione dei fondi, attività sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, per agevolare e orientare la successiva attività investigativa e giudiziaria, finalizzata all'accertamento dei reati. Alla U.I.F., dunque, spetta il compito di accertare l'esistenza del *fumus boni iuris* inerente alla comunicazione.

Ogni comunicazione, pertanto, è funzionale ad innescare una attività di indagine nei confronti del soggetto la cui condotta appaia sospetta e deve essere supportata da una descrizione chiara e dettagliata delle operazioni rilevate, nonché di una adeguata motivazione dalla quale sia desumibile l'*iter* logico-giuridico che ha condotto la pubblica amministrazione a sospettare dell'operazione come collegata a riciclaggio o finanziamento del terrorismo⁶⁰.

⁵⁹ Secondo la giurisprudenza di legittimità occorre prendere in esame ogni singola condotta per la quale sussiste l'evidenza, in quel momento, degli estremi dell'illecito contestato. La comunicazione deve essere effettuata senza ritardo. Cfr. Cassazione civile sez. II, 08/08/2018, (ud. 09/05/2018, dep. 08/08/2018), n.20647, in *Giustizia Civile Massimario*, 2018.

⁶⁰ Le Pubbliche Amministrazioni provvedono ad effettuare la comunicazione

La comunicazione, dunque, è strumentale all'attivazione di un procedimento di controllo sul soggetto che ha tenuto la "condotta sospetta". Tuttavia, la provenienza della comunicazione *de qua* da parte di una pubblica amministrazione esclude che possa trattarsi di una denuncia di fatti penalmente rilevanti, né tantomeno essere ritenuta notizia di reato.

8. *La natura dell'attività posta in essere per l'individuazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette sul piano dogmatico*

Dalla lettura dell'art. 10 del decreto antiriciclaggio, tuttavia, la natura soggettiva della valutazione di cosa costituisca sospetto di riciclaggio viene messa in discussione sul piano dogmatico.

Il legislatore, infatti, calibra il tiro, introducendo, un sistema di rilevazione oggettiva delle operazioni e dei comportamenti da qualificare come sospetti dal momento che demanda alla U.I.F., con il supporto del Comitato di sicurezza finanziario, il compito di individuare gli indicatori per agevolare la rilevazione delle operazioni sospette da parte degli uffici. In altri termini, le operazioni connotate da anomalie oggettive secondo gli indicatori individuati dovrebbero essere considerate sospette e, pertanto comunicate, alla U.I.F. Il dovere di comunicazione sembra, dunque, caratterizzato per avere natura completamente oggettiva ed essere, pertanto, del tutto scevro da una valutazione discrezionale in merito alle motivazioni sottese alla realizzazione delle operazioni stesse.

Il legislatore restringe l'autonomia di giudizio della pubblica amministrazione, prevedendo una discrezionalità limitatissima in ordine alla decisione di inoltrare le segnalazioni. Nell'ambito di questo stretto ambito di giudizio, quindi, il potere valutativo dell'amministrazione sarebbe ristretto a un mero riscontro della compatibilità tra l'operazione posta in essere e gli "indici di anomalia" predisposti dalla Banca d'Italia.

In realtà, le due scelte legislative, come abbiamo precedentemente detto, non sono contraddittorie, ma convergono sul piano pratico in un'unica direzione. I veri autori e protagonisti del dovere di comunicazione

telematicamente, tramite il portale INFOSTAT-UIF della Banca d'Italia e previa adesione al sistema di comunicazione on-line.

L'amministrazione può, riferirsi anche ad una precedente comunicazione avente ad oggetto una condotta diversa addebitabile allo stesso soggetto. Ciò al fine di far accertare un eventuale collegamento tra le condotte.

non sono le pubbliche amministrazioni, ma i singoli funzionari, responsabili dell'istruttoria che diventano gli unici interpreti della espressione generica utilizzata dal legislatore. Spetta loro, anche sulla base di un giudizio valoriale del tutto soggettivo, scegliere e catalogare un'operazione sospetta di riciclaggio. Del resto, la caratteristica della formula legislativa "vaga e indeterminata" consente non solo all'ordinamento giuridico di adeguarsi alle specificità del caso concreto, all'evoluzione della realtà e del sistema giuridico in generale, ma è anche un sistema per inserire nel mondo giuridico giudizi di valore che vengono da altri impianti disciplinari.

La clausola generale devolve all'interprete, il potere di concretizzare il contenuto sulla base di un'autonoma attività valutativa che deve essere svolta nel rispetto del principio di legalità, ma soprattutto nel rispetto del principio di ragionevolezza.

Un importante supporto al personale degli uffici, per l'elaborazione del loro giudizio valutativo volto alla individuazione di un'operazione sospetta, potrebbe consistere nel prevedere attività formative e di supporto presso le numerose amministrazioni presenti su tutto il territorio nazionale. Occorrerebbe una attività formativa specifica e professionalizzante per migliorare la competenza dello staff dedicato al compito dell'attività comunicativa interna, incentivando anche un confronto dialettico interno aperto e costruttivo sul tema della collaborazione attiva⁶¹.

⁶¹ A tal proposito è stata avviata una indagine/analisi empirica dei fattori abilitanti svolta nell'ambito della Comunità di pratica degli RPCT. Il gruppo di lavoro (la Scuola Nazionale della pubblica amministrazione e la UIF), partendo dai modelli organizzativi adottati dai soggetti obbligati del settore finanziario e dall'esperienza diretta presso altre pubbliche amministrazioni, ha identificato un set di fattori abilitanti riferibili ad otto aree tematiche: Capitale umano, sociale, e tecnologico, organizzazione rendicontazione, riconoscimento degli organi di indirizzo assistenza e networking tra le istituzioni. La scheda con i fattori citati è stata inviata ai Gestori di 23 pubbliche amministrazioni prima delle interviste che si sono concentrate non tanto sull'insieme dei fattori abilitanti considerati utili sul piano teorico, ma su quelli che, nella concreta esperienza, hanno avuto un ruolo fondamentale per l'invio delle comunicazioni di operazioni sospette. Al termine dell'intervista a cui sono stati sottoposti i gestori è emerso che solo un ristretto numero di fattori abilitanti è stato ritenuto indispensabile. In particolare, le preferenze espresse dai Gestori concernono: a) la collaborazione con gli uffici che gestiscono processi a rischio; b) la collaborazione tra presidi antiriciclaggio e altri obiettivi istituzionali; c) il terzo fattore, invece, sono le competenze dei soggetti coinvolti nella filiera interna della comunicazione e del personale responsabile di sviluppare e inviare le comunicazioni.

La prima criticità di fondo è l'incertezza e la genericità del contenuto normativo.

Inoltre, il sistema antiriciclaggio è contraddistinto da una marcata tendenza della norma legislativa a trasferire in capo alla stessa amministrazione (il CSF Comitato di sicurezza finanziario, art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 231/2007, organo del MEF) il compito di stabilire le linee guida per la mappatura e la valutazione del rischio riciclaggio.

Tutto ciò sembra mettere in discussione il principio della separazione dei poteri a tutto vantaggio del potere esecutivo. Nel caso di specie il legislatore non utilizza una strategia diretta ad esempio distribuendo l'esercizio di una stessa funzione amministrativa fra varie amministrazioni, bensì utilizza una tecnica legislativa indiretta devolvendo a una amministrazione il potere di scegliere la strategia legislativa di configurazione del potere e di determinare la stessa⁶².

9. *La formula vaga e generica delle operazioni sospette di riciclaggio: concetti giuridici indeterminati e clausole generali*

La locuzione “operazioni sospette di riciclaggio” è una formula vaga e generica, che riecheggia la tecnica dei concetti giuridici indeterminati e quella delle clausole generali⁶³.

La ricerca o meglio l'individuazione dei fattori che possono abilitare le amministrazioni a riconoscere e a segnalare le operazioni sospette consentirebbero alla pubblica amministrazione di partecipare attivamente alla prevenzione del riciclaggio.

⁶² S. PERONGINI *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento* in P.A. *Persona e amministrazione*, fasc. n. 1/2018.

⁶³ N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, (1967), in *Jus*, 1967, 74 ss.; F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 87 ss.; M. TARUFFO, *Note su “Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali” di Federico Roselli*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, 328 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.* 1984, 539 ss., 571; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631 ss., 653; A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Politica del diritto*, 1988, 655.

L. NIVARRA, *Introduzione* a J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, Pisa, 2022, 9-45; A. GAMBARO, *Clausole generali in relazione ai principi e ai valori*, in R. LENER, M. RABITTI, F. SARTORI, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto dell'economia*, Torino, 2024, 19 ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano 2010, 77 ss.

I concetti giuridici indeterminati e le clausole generali sono in un rapporto simbiotico perché hanno in comune una locuzione vaga e indeterminata. L'elemento della vaghezza e dell'indeterminatezza⁶⁴ della norma, accomuna diversi istituti e ne fa oggetto di una problematica di ordine generale, nell'ambito della quale sono confluiti i principi giuridici, le norme penali in bianco, l'elemento normativo giuridico, i concetti giuridici indeterminati e le clausole generali. Tutti i predetti fenomeni attengono al mondo della produzione giuridica.

In particolare, per quanto concerne i concetti giuridici indeterminati e le clausole generali, la dottrina ha approfondito diversi aspetti, soffermandosi anche sul tema della loro autonomia dogmatica. Infatti, secondo una parte della dottrina⁶⁵, i concetti giuridici indeterminati e le clausole generali costituiscono un unico fenomeno; secondo altri⁶⁶, invece, si tratta di due nozioni nettamente distinte; infine, secondo altri ancora⁶⁷, fra di loro intercorrerebbe solo una labile differenza⁶⁸.

Appare opportuno premettere che il legislatore, quando utilizza concetti giuridici indeterminati e clausole generali nelle disposizioni volte a disciplinare rapporti di diritto amministrativo, impiega consapevolmente una tecnica normativa per disciplinare il potere amministrativo, in maniera tale da modulare la prescrizione provvedimentoale così come avviene

⁶⁴ In tema cfr., recentemente, L. BENVENUTI, *Postfazione. La discrezionalità amministrativa nella lente dei suoi interpreti*, in *La discrezionalità amministrativa*, nuova edizione, Pisa, 2023, 261 ss.

⁶⁵ S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss. L'autore mette in evidenza che i concetti giuridici indeterminati erano prima noti come concetti indeterminati, ma che ad un certo punto dalla dottrina tedesca vennero definiti giuridici proprio perché erano sindacabili dal giudice amministrativo. L'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, con l'emanazione del provvedimento relativo, era sindacabile dal giudice amministrativo; L'equivalenza terminologica tra clausole generali e concetti giuridici indeterminati è sostenuta da M. CLARICH, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 40 ss. Si vedano i rilievi critici all'uso indistinto di L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 33 ss. 44.

⁶⁶ Sul versante amministrativo, riguardo al tentativo di distinzione, soprattutto fra clausole generali, concetti giuridici indeterminati e norme in bianco, Cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, 39 e segg.

⁶⁷ Cfr., V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 74 ss., sulla distinzione fra principi e clausole generali.

⁶⁸ S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2025, 995 ss.

con le disposizioni che danno luogo a un provvedimento vincolato, a un provvedimento discrezionale, a un provvedimento a discrezionalità tecnica ecc. ecc.

Il legislatore può ricorrere a più di un tipo di strategia per configurare il potere amministrativo⁶⁹. Esso può farlo in via diretta oppure può devolvere tale funzione ad altro soggetto ossia ad una o più amministrazioni. Secondo tale tesi, il potere di porre le strategie di configurazione del potere amministrativo non può competere alla stessa amministrazione, perché – diversamente – ne risulterebbe violato il principio di legalità dell'azione amministrativa, con la conseguenza di riservarle ambiti di sovranità che oggi non sono più compatibili con l'assetto costituzionale. Questo implica due conseguenze. Innanzi tutto, nello Stato costituzionale di diritto la pubblica amministrazione è titolare solo di quei poteri che le sono stati conferiti dal legislatore. Non hanno legittimità costituzionale i poteri impliciti, poteri presunti o poteri taciti. In secondo luogo, le strategie legislative non possono concretarsi nella devoluzione di un potere valutativo così ampio da non incontrare limite alcuno e da sottrarre l'azione amministrativa al sindacato giurisdizionale⁷⁰. Pertanto, le figure succitate vanno considerate in tale prospettiva.

Analoghe considerazioni vanno compiute anche per quanto concerne il potere – dovere delle amministrazioni di comunicare e segnalare le operazioni sospette di riciclaggio. In detta ipotesi il principio di legalità evita che l'esercizio del potere si traduca nella violazione del principio di tipicità, di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità. Infatti, occorre considerare che la comunicazione e la segnalazione espongono l'autore della operazione sospettata a una pluralità di sanzioni amministrative e penali, con evidenti risvolti di natura economica.

I concetti giuridici indeterminati (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*) hanno trovato un primo riconoscimento nell'ordinamento tedesco⁷¹, ma sono

⁶⁹ S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentoale* in riv. P. A. Persona e Amministrazione, 2018, 65.

⁷⁰ S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentoale* in riv. P. A. Persona e Amministrazione, 2018, 65.

⁷¹ Per una prospettiva comparata, nel sistema tedesco, si rinvia a W. SCHULZ, *Beurteilungsspielraum als Wissensproblem – am Beispiel der Regulierungsverwaltung*, in *Rechtswissenschaft*, 3, 2012, 330 ss; W. R. SCHENKE, *Vervaltungsprozessrecht*, München, 2009; JAN S. OSTER, *The scope of judicial review in the german and U.S. Administrative Legal System*, in *German Law Journal*, 9, 2008, 1267 ss; H. SCHULZE-FELTIS, *Zusammenspiel von öffentlich-*

stati approfonditi anche dalla dottrina italiana. *Ab origine*, la dottrina tedesca⁷² riteneva che i concetti indeterminati fossero espressione del potere discrezionale della pubblica amministrazione. Tale ricostruzione, però, limitava il sindacato giurisdizionale che non poteva avere ad oggetto la discrezionalità amministrativa⁷³.

Al fine di ampliare il controllo giurisdizionale anche a tali “formule generiche”, essi sono stati definiti non più come concetti indeterminati, ma come concetti giuridici indeterminati (*Rechtsbegriffe*)⁷⁴. A seguito di tale cambio di prospettiva, i concetti giuridici indeterminati sono stati considerati come una tecnica di configurazione del potere alternativa e differente da quella relativa al potere discrezionale.

La profonda influenza esercitata dal diritto tedesco ha determinato il dilagare della teoria dei concetti giuridici indeterminati anche in altri ordinamenti. La dottrina italiana ha seguito un percorso alternativo. Infatti, essa ha elaborato e sviluppato la categoria della discrezionalità tecnica nel tentativo di delimitare, nell’ambito dei giudizi valutativi dell’amministrazione, un’area da sottoporre al sindacato di legittimità del giudice⁷⁵. Ciò nonostante, anche la dottrina italiana ha evocato la nozione di concetti giuridici indeterminati⁷⁶. Si è di recente evidenziato che “il legislatore può

rechtlichen Kontrollen der Verwaltung, in E. SCHMIDT-ABMANN, W. HOFFMANN-RIEM (a cura di) *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, 2001, 219 ss.; E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen, 2001; H.H. RUPP, *Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und kein Ende*, in *Festschrift für Wolfgang Zeider*, I, Berlin-New York, 1987; H. SOELL, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, Heidelberg, 1973; W. JELLINEK, *Gesetz Gesetzessanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913; F. TEZNER, *Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Wien, 1888.

⁷² EDMUND BERNATZIK, *Rechtsprechung Und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*, Manz, 1886.

⁷³ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 65 ss., 67 ss.; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 55.

⁷⁴ F. TEZNER, *Zur lebre von freien Ermessen als grund zur Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienna, 1888.

⁷⁵ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 292 ss.; S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2025, 987 ss.

⁷⁶ Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati, si vedano F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, 244 ss., 248 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, p. 19 ss.,

allocare i concetti giuridici indeterminati, per conferire un potere amministrativo e per disciplinarne l'esercizio, nella parte della disposizione legislativa che costituisce la fattispecie (o parte ipotetica) oppure nella parte che costituisce la statuizione (o parte deputata alla previsione degli effetti).

L'allocazione dei concetti giuridici indeterminati all'interno della disposizione normativa non è un dato indifferente; al contrario, è un elemento che incide, come si vedrà meglio più innanzi, sulla natura del giudizio valutativo devoluto all'amministrazione e, in generale, all'interprete.

Tendenzialmente, i concetti giuridici indeterminati vengono utilizzati dal legislatore per delineare i presupposti che legittimano l'esercizio del potere. Tuttavia, non mancano i casi in cui essi riguardano la sfera degli effetti.

Il ruolo assolto dai concetti giuridici indeterminati, nella fattispecie astratta che configura il potere, tendenzialmente è quello volto a precisare i presupposti per l'esercizio del potere, ma non mancano casi in cui essi sono allocati sul versante degli effetti⁷⁷.

I concetti giuridici indeterminati, nell'ordinamento spagnolo⁷⁸, sono

1969, 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 303 ss., 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, Germania – Austria – Italia, Trento, 2004, 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 362 ss.; S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2025, 981 ss.

⁷⁷ S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2025, 988.

⁷⁸ Cfr. I. ARA PINILLA, *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*, in *Anuario de filosofía del derecho*, n. 21, 111, 2004; M. M. MACHICADO, *Son conceptos indeterminados, arbitrarios o barbarismos jurídicos en la constitución política del estado, las condiciones generales de acceso al servicio público?*, in *Revista Jurídica Derecho*, Vol. 8, n. 11, 2019, págs. 32-52; D. SESIN, *Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados dificultades y estrategias para facilitar el control judicial*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2014, 9, 203-221;

stati qualificati come concetti la cui formulazione es *más abstracta e imprecisa*⁷⁹, e a essi è stata attribuita la natura di “limite al potere discrezionale della pubblica amministrazione”⁸⁰, secondo alcuni al pari di quanto ritenuto dall’ordinamento tedesco⁸¹. La discrezionalità è intesa come “*la atribución de la Administración por la ley de una cierta libertad de decisión a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto*”⁸².

Il sistema spagnolo⁸³, li esalta, in quanto, essendo concetti dai confini applicativi incerti, sono idonei, ad adattarsi al tempo e ai cambiamenti sociali, senza che si renda necessario, volta per volta, procedere a una modifica della legge⁸⁴.

Il nostro ordinamento⁸⁵ li considera come l’esito di una tecnica legi-

N. RUIZ PALAZUELOS, *Vueltas con los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial*, in *Revista española de derecho administrativo*, 196, 2019, 143-166; B. RIERA RIBAS, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la nueva Ley General Tributaria*, in *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 265, 2005, 33-98; MARÍA DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ, *La interpretación de las normas y los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2003, 6, 247-251; RAÚL EUGENIO BOCANEGRA SIERRA, ALEJANDRO JOSÉ HUERGO LORA, *Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar*, in *Revista española de derecho administrativo*, n. 111, 2001, 405-428.

⁷⁹ N. B. MARTÍN, *La concreción de l’interès (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad de la mediación familiar*, in *Anuario de la facultad de derecho*, 2017, 10, 1-42.

⁸⁰ Per una disamina sui concetti giuridici indeterminati quali limite esterno al potere discrezionale si rinvia a B. Dei Cas, *El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad*, in *Revista de derecho*, Año 7, n. 14, 2008, 71-86.

⁸¹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRIA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, 2024.

⁸² Dr. JORGE CÓRDOBA ORTEGA MSc. LUIS MARIANO ARGÜELLO ROJAS, *Los conceptos Jurídicos indeterminados, la discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia contencioso administrativa costarricense*, in *Revista de ciencias jurídicas*, 2020, 153, 107-144.

⁸³ S. ÁLVAREZ GENDIN, *Tratado general de Derecho Administrativo*, Bosh, Barcelona, 4 Volumenes, 1958-1977; J. M. BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, I, Madrid, I.E.A.L. 4 ed. Madrid, 1983.

⁸⁴ MANUEL SEGURA ORTEGA, *Sobre la utilidad y función de los conceptos jurídicos indeterminados*, in *Conceptos multidimensionales del derecho* / coord. por IGNACIO VARELA CASTRO; MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO (dir.), JOSEP JOAN MORESO (dir.), 2020, 649-666; JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY, *Los conceptos jurídicos indeterminados en el lenguaje constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 2019, 105, 161-196.

⁸⁵ N. BOBBIO, *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1999; S. COGNETTI, *Clausole*

slativa in base alla quale per individuare la fattispecie produttiva di effetti giuridici occorre procedere successivamente a una valutazione⁸⁶.

La norma contenente concetti giuridici indeterminati demanda all'interprete il compito di attuare un'attività interpretativa⁸⁷.

La loro funzione è quella di conferire natura dinamica all'ordinamento giuridico che resta attuale, nonostante il trascorrere del tempo⁸⁸. Il legislatore ricorrendo ai concetti giuridici indeterminati attribuisce all'interprete "uno spazio di valutazione" che si espleta attraverso l'individuazione della fattispecie concreta da ricondurre a quella astratta⁸⁹, mediante, appunto, un intervento successivo. Spetterebbe, allora, all'amministrazione il compito di specificare la fattispecie di riferimento⁹⁰, attraverso il potere di

generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1187; ID. *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993.

⁸⁶ R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 20/2019, 6; L. R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equilibrio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano*, in *Diritto Amministrativo*, 2024, 2, 411; ID. *discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto Amministrativo*, 2013.

⁸⁷ La sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati costituisce un'attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa (Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 31/05/2023, n. 5345).

⁸⁸ Da ciò deriva un'evidente espansione dei poteri del giudice. Cfr. F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2024, 2, 261. La legge ha una limitata capacità di adattamento alla realtà. I concetti giuridici indeterminati, invece, consentono alla norma di essere sempre attuale. Ancora sui concetti giuridici indeterminati si rinvia a N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Diritto Amministrativo*, 2024, 2, 513; D. MENDOLA, *Principio di proporzionalità e verifiche fiscali: ricadute sul consenso alle attività istruttorie e sull'estensione a terzi delle indagini bancarie*, in *Innovazione e Diritto*, in *Quarterly Review of tax and Economic Law*, 2024, 1, 73 ss.

⁸⁹ Si tratta di una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. In tal senso si è espressa, Cons. St. Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2023, 1, I, 135.

⁹⁰ L'applicazione di clausole generali attraverso la qualificazione dei fatti costituisce – analogamente all'uso di potestà discrezionali nel bilanciamento fra interessi – una *modalità autonoma di esercizio* del potere amministrativo, ne consegue che il controllo giurisdizionale su tale esercizio comporta interferenze tra poteri, rispetto a cui si pone l'esigenza di prestabilire limiti e confini.

concretizzazione. In tal senso, il potere amministrativo⁹¹ viene investito di una funzione “valutativa”.

Nel nostro ordinamento vi sono molteplici esempi di norme contenenti concetti giuridici indeterminati, a partire dalla Carta Costituzionale, la quale all’art. 41 Cost. fa riferimento alla “utilità sociale” quale limite alla libertà di iniziativa economica privata⁹². Tali concetti sono utilizzati anche nel diritto penale⁹³, in quello civile e, appunto, in quello amministrativo⁹⁴: si pensi alle formule di “necessità ed urgenza”, “particolare rilevanza storica ed artistica”, “servizi essenziali”, “anomalia dell’offerta” e “gravi illeciti professionali” (in tema di appalto)⁹⁵ che lasciano all’interprete uno *spatium deliberandi*⁹⁶.

Nel diritto amministrativo, attraverso questa tecnica legislativa, il legislatore conferisce un ampio spazio di valutazione alla pubblica amministrazione. Infatti, accanto alla valutazione propria del potere di discrezionalità amministrativa, vi è il potere di determinarsi sulla scorta di una disposizione che presenta al suo interno un concetto giuridico indeterminato⁹⁷.

Nel primo caso, quando la pubblica amministrazione esercita un potere discrezionale, formula un giudizio valutativo nuovo rispetto a quanto è astrattamente previsto dalla norma attributiva del potere.

⁹¹ Sul potere amministrativo, in una prospettiva comparata si rinvia a L. DUGUIT, *Traité de droit Constitutionnel*, 3 ed., 3 vols, Paris, 1927-1930; G. VEDEL, P. DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, 8, Paris, 1982; J. RIVERO, *Droit Administratif*, 10, Paris, 1983; M. WALINE, *Droit Administratif*, 9, Paris, 1963.

⁹² Il nostro ordinamento conosce diverse tipologie di concetti giuridici a indeterminati. Si pensi a quelli attinenti all’attività mercaturiale, come ad esempio, l’abuso di posizione dominante oppure al riferimento all’ “interesse del minore”. A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631.

⁹³ In generale si rinvia a S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell’amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2023, 2, 229.

⁹⁴ Il legislatore rinuncia a vincolare a monte le scelte a valle l’amministrazione deve adottare. G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell’ amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, Anno 29, n. 1, 2011, 133-190.

⁹⁵ Per una analisi comparata si rinvia a M. Y. FERNANDEZ GARCIA, *El concepto jurídico indeterminado de “servicio esencial” en la Constitución española»* en *Revista de Administración Pública*, 170, 2006, 325-338.

⁹⁶ L’ordinamento spagnolo definisce questo *spatium deliberandi* come una “zona de penumbra”.

⁹⁷ M. SADDEMI, *La vaghezza nelle norme attributive del potere amministrativo Analisi giuridica e linguistica*, tesi di dottorato dell’Università di Pavia, 2018, 123.

Quando la norma attribuisce alla pubblica amministrazione un potere discrezionale le affida la tutela di un determinato interesse pubblico astratto. La sua scelta finale sarà, poi, orientata dall'interesse pubblico concreto ossia dall'interesse che risulta dal confronto nel procedimento amministrativo di tutti gli interessi in gioco, pubblici e privati, primari e secondari, emergenti nella specifica situazione concreta. L'esercizio dell'attività procedimentalizzata consente alla pubblica amministrazione di individuare il concreto interesse pubblico da tutelare. L'attività comparativa discrezionale non può essere sindacata dal giudice.

Nel secondo caso, invece, l'apporto creativo della pubblica amministrazione avviene grazie all'utilizzo volontario e consapevole, da parte del legislatore, di formule vaghe e indeterminate ovvero della categoria mutuata dalla dottrina austriaca e tedesca dei concetti giuridici indeterminati⁹⁸. È evidente l'intento di conferire alla pubblica amministrazione, destinataria primaria della norma, il compito di porre in essere un'attività intellettuale volta a concretizzarne il significato della disposizione legislativa. I concetti giuridici indeterminati costituiscono presupposti normativi della fattispecie di potere dalla cui concretizzazione dipende la misura del confine del potere pubblico, nonché la correttezza dell'azione amministrativa. I concetti indeterminati costituiscono elementi imprecisi, elastici, ma comunque elementi che attengono alla fattispecie di potere, sicché la loro determinazione si sostanzia in un'attività di mera attuazione della legge, ossia in un'attività interpretativa e non discrezionale.

Le clausole generali⁹⁹, invece, sono un fenomeno noto e risalente nel

⁹⁸ M. SADDEMI, *La vaghezza nelle norme attributive del potere amministrativo Analisi giuridica e linguistica*, tesi di dottorato dell'Università di Pavia, 2018, 123.

⁹⁹ Sulle clausole generali si vedano F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 87 ss.; M. TARUFFO, *Note su "Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali" di Federico Roselli*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, 328 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 5-19; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 21-30; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 97 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709-733; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373-386, specie 373-377; M. BARCELLONA, *Clausole generali e*

tempo, presente in tutti i rami dell'ordinamento giuridico¹⁰⁰, soprattutto nel diritto civile, che abbonda di clausole generali come ad esempio la buona fede.

In generale, esse non sono considerate da tutti positivamente perché si tratta di una tipologia di normativa che non è proprio in assonanza con il nostro Stato di diritto, caratterizzato dalla presenza di principi costituzionali, che operano nei confronti della pubblica amministrazione, ma che investono i diversi rami del diritto.

La clausola generale, nel caso del diritto amministrativo, devolve alla pubblica amministrazione e al giudice amministrativo il potere di concretizzare il contenuto, vale a dire di specificarne il contenuto¹⁰¹.

giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo, Torino, 2006, 9-63; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, (1967), in *Jus*, 1967, 74 ss.; N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 35 ss.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631ss., 653; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standard*, in P. COMANDUCCI E R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, 1989, 311 ss., 344; G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, 426ss., 461; M. TARUFFO, *Prefazione a E. Fabiani, Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, 2003, I ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. I, Napoli, 2007, 429 ss.

¹⁰⁰ A titolo esemplificativo, fra gli scritti di diritto penale, si vedano D. CASTRONUOVO, *La mappa dell'impero, Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & quest. pubbl.*, 2018, 11 ss.; D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 477. Fra gli scritti di diritto amministrativo, si vedano A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, 1223 ss.; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss.; L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur.it.*, 2012, 1213 ss.; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191 ss. Fra gli scritti di diritto costituzionale, si vedano A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Politica del diritto*, 1988, 655 ss.; F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una prima mappa concettuale*, in *Forum di quaderni cost.*, 2009, 1 ss.; F. PEDRINI, *Clausole, generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quaderni cost.*, 2012, 285 ss.; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, 27 ss.; F. PEDRINI, *Contro le clausole generali (san phrase). Precauzioni per l'uso d'una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Riv. AIC.*, 2015, 2017, 1 ss.; F. PEDRINI, *Ancora sulle "clausole generali". Teoria, meta- teoria metodologia di una categoria dottrinale problematica*, In *Diritto & quest. pubbl.*, 2018, 107 ss.

¹⁰¹ M. RAMAJOLI, *Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. sc. giur.*, 2024, 2, 4 ss. del dattiloscritto.

La vaghezza e l'indeterminatezza¹⁰² della clausola generale consente di applicarla a una pluralità di condotte, di fatto, è proprio ciò che la contraddistingue dalla prescrizione legislativa che fa riferimento a un caso singolo.

Nel diritto amministrativo – come pure nel diritto costituzionale e in quello sovranazionale –, l'interpretazione della clausola generale spetta in prima battuta alla pubblica amministrazione e solo successivamente al giudice. Di conseguenza, il giudice amministrativo si trova di fronte non a un terreno vergine da interpretare tramite un'attività d'integrazione valutativa, bensì ad apprezzamenti già operati dall'autorità amministrativa decidente. Il rischio connesso al loro impiego e alla loro diffusione è stato sempre quello di ampliare oltre misura i margini valutativi e decisionali dell'interprete, con conseguente soggettivismo^{103 104} e incremento della funzione creatrice del giudice. Una parte della dottrina formula una espressa valutazione negativa sulla loro presenza nell'ordinamento, ritenendole espressione della crisi del rapporto di reciproca implicazione fra ordine, certezza, limiti esterni e limiti interni del potere¹⁰⁵.

Pertanto, la relatività e la soggettività delle interpretazioni delle clausole generali trascinano con sé anche la questione del grado di deferenza del giudice nei confronti delle valutazioni, previamente compiute dall'amministrazione, di integrazione e completamento della norma giuridica contenente una clausola generale¹⁰⁶. In altri termini, le clausole generali pubblicistiche creano un problema di separazione tra poteri dello Stato, di limiti e confini degli uni rispetto agli altri e, in definitiva, di equilibrio tra gli stessi.

Il contenuto indeterminato e vago consente al giudice di fare rife-

¹⁰² Per E. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. It.*, 2011, 1718 ss., le clausole generali garantiscono "l'eterna giovinezza" del diritto.

¹⁰³ M. RAMAJOLI, *Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. sc. giur.*, 2024, 2, 4 ss. del dattiloscritto.

¹⁰⁴ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 99.

¹⁰⁵ M. CLARICH, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 40 ss.; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss.

¹⁰⁶ M. CLARICH, M. RAMAJOLI *Diritto amministrativo e clausole generali*, 2021, 12, 32 ss.; M. RAMAJOLI, *Le clausole generali nel pensiero scientifico di Stefano Cognetti, ovvero il triangolo tra legge, amministrazione e giudice*, in *Scritti in onore di S. COGNETTI* Torino, 2025, 55.

rimento, nella sua attività di concretizzazione e di specificazione della clausola generale, ai giudizi di valore.

Secondo alcuni le clausole generali sono un polmone, una finestra che consentono non solo all'ordinamento giuridico di adeguarsi alle specificità del caso concreto, all'evoluzione della realtà e del sistema giuridico in generale, ma sono anche un sistema per inserire nel mondo giuridico giudizi di valore che vengono da altri impianti disciplinari.

10. *La qualificazione delle operazioni sospette di riciclaggio (presupposto per l'esercizio del potere amministrativo) come concetto giuridico indeterminato*

La locuzione “operazione sospetta di riciclaggio” è una formula vaga e indeterminata con la quale il legislatore indica il presupposto dell'esercizio del potere. Pertanto, essa può essere classificata come un concetto giuridico indeterminato e una clausola generale, se si accoglie la tesi che concetto giuridico indeterminato e clausola generale siano la stessa cosa¹⁰⁷; invece, va qualificata come concetto giuridico indeterminato se si aderisce alla tesi secondo la quale si tratti di due categorie diverse, contraddistinte da una flebile, differenza che risiederebbe nel fatto che nei concetti giuridici indeterminati la locuzione indeterminata designa i presupposti per l'esercizio del potere amministrativo¹⁰⁸. Quest'ultima tesi, senza nulla togliere alla rilevanza delle diverse opinioni, appare convincente, con la conseguenza che si può affermare di essere in presenza di un concetto giuridico indeterminato.

La concretizzazione e specificazione della locuzione normativa avviene sulla scorta di una attività interpretativa, analogamente a quanto avviene per tutti i concetti giuridici indeterminati e tutte le clausole generali. Il giudizio valutativo relativo si articola, in un primo momento, acclarando i presupposti fattuali, e in una seconda fase provvedendo alla loro qualificazione, sulla scorta degli ordinari criteri ermeneutici.

Pertanto, l'amministrazione sarà onerata del compimento di una complessa attività valutativa finalizzata a definire la portata del significato

¹⁰⁷ S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2024, 995 ss.

¹⁰⁸ La determinazione della fattispecie viene, allora, lasciata alla valutazione intuitiva dell'interprete.

“operazione sospetta di riciclaggio”. L'amministrazione dovrà porre in essere un'adeguata istruttoria e dovrà darne atto con una congrua motivazione. In particolare, la pubblica amministrazione dovrà dare contezza del procedimento logico che la induce a ritenere integrati, alla luce delle circostanze concrete, i presupposti normativi per l'esercizio del relativo potere amministrativo.

La formula “operazioni sospette”, rientra, dunque, nel novero dei “concetti giuridici indeterminati” idonei a consentire di specificare la fattispecie concreta mediante una valutazione *ex post*.

Non esiste uno *standard* di operazioni sospette sicché si tratterebbe di una formula del tutto inidonea a fondare un parametro univoco di valutazione: per tale ragione, si sostiene che sussista un *vulnus* al principio di determinatezza, tassatività, etc.

Si è, dunque, ancora alla ricerca dei confini applicativi delle operazioni sospette, sicché le singole condotte devono essere valutate caso per caso non potendo rientrare in categorie precostituite¹⁰⁹. La natura dinamica della norma si presta ad una interpretazione integrativa da parte della pubblica amministrazione con conseguente rischio di diminuzione di tutele verso i cittadini che si troverebbero coinvolti in procedimenti di controllo, senza che vi sia alcun collegamento tra le operazioni da essi poste in essere e fattispecie penalmente rilevanti¹¹⁰.

Dalla lettura della normativa si desume che il legislatore devolve alla pubblica amministrazione il compito di individuare¹¹¹, in concreto, quali operazioni possano essere qualificate come “sospette”.

La norma non tipizza gli elementi costitutivi della fattispecie, ma si limita a dettare un concetto suscettibile di interpretazione.

Le operazioni sospette, allora, potrebbero essere comprese in qualun-

¹⁰⁹ L'intera disciplina antiriciclaggio è connotata da profili di indeterminatezza sia quanto alle direttive europee sia quanto alle norme interne che le recepiscono, contengono elementi di indeterminatezza e genericità. Le fattispecie considerate non vengono efficacemente definite, sebbene anche le norme in materia di lotta al riciclaggio devono rispettare i principi di legalità e di proporzionalità.

¹¹⁰ È necessario che i diversi soggetti coinvolti nel percorso di identificazione, sviluppo e segnalazione delle operazioni sospette siano consapevoli del proprio ruolo ed abbiano competenze adeguate. In tal senso, M. DI RIENZO, A. FERRARINI, *Un viaggio tra i fenomeni che mettono a rischio l'integrità*, in *Azienditalia*, 2024, 4, 605.

¹¹¹ Attesa l'ampiezza con cui la norma definisce la condotta, qualunque comportamento, valutato *ex post*, potrebbe rientrarvi.

que categoria fenomenica lasciando l'interessato in balia di una decisione "arbitraria" della pubblica amministrazione¹¹².

L'attribuzione di un potere amministrativo sulla base di concetti giuridici indeterminati¹¹³ solleva il problema della conformità della norma al principio di tipicità, di tassatività e di prevedibilità.

Appare incontrovertibile, infatti, che il cittadino debba essere in grado di conoscere *ex se*, se una determinata condotta rientri o meno tra quelle lecite, in caso contrario, verrebbero violati i principi di legalità, determinatezza¹¹⁴ e chiarezza nella predeterminazione degli elementi costitutivi degli illeciti, principi che costituiscono un fondamentale baluardo contro le violazioni della libertà degli individui.

Verrebbero, di conseguenza violati anche i principi di riserva di legge

¹¹² E. FERRERRO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo* 3/2014, Napoli, 2024, 22; M. TRIMARCHI, *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, in *Riv. Diritto e processo amministrativo, quaderni*, 43, Napoli; M. CLARICH, *Indeterminatezza delle norme e principio di legalità*, in *Riv. Diritto e processo amministrativo, quaderni*, 43, Napoli, 7; M. RAMAJOLI, *Principio della separazione dei poteri, indeterminatezza delle norme e standards valutativi*, in *riv. Diritto e processo amministrativo, quaderni*, 43, Napoli, 19; L. R. PERFETTI, *Sull'interesse pubblico come concetto vago che compone la fattispecie attributiva del potere e la necessità di superare la sua indeterminatezza*, in *Riv. Diritto e processo amministrativo, quaderni*, 43, Napoli, 47; M. DE BENEDETTO, *Indeterminatezza delle regole ed effettività dell'azione amministrativa*, in *riv. Diritto e processo amministrativo, quaderni*, 43, Napoli, 67; F. FOLLIERI, *Gli standards valutativi tra regole di comportamento e regole di validità*, in *Riv. Dir. proc. amm., quaderni*, 43, Napoli 101; V. FANTI, *Il sindacato giudiziario sulle scelte discrezionali attraverso la proporzionalità*, in *Riv. Diritto e processo amministrativo, quaderni*, 43, Napoli, 119; A. MOLITERNI, *Il sindacato giudiziario sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione (tra mito e realtà)*, in *Riv. Diritto e processo amministrativo, quaderni*, 43, Napoli, 139; F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Riv. Diritto e processo amministrativo, quaderni*, 43, Napoli, 181; H. EHMKE, "Discrezionalità" e "Concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo, 2011, Napoli, 42.

¹¹³ Il principio di determinatezza assicura a chiunque "una percezione sufficientemente chiara ed immediata" dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta". Cfr. Cass. pen., sez. VI, sent., (data ud. 24/05/2023) 25/07/2023, n. 32319.

¹¹⁴ I principi predetti impongono una chiarezza assoluta del precetto normativo che positivizza la condotta vietata e la relativa sanzione, affinché sia comprensibile, senza incertezze la condotta vietata e le esatte conseguenze della sua realizzazione, così evitando l'indiscriminato arbitrio dell'organo giudicante di fronte a precetti normativi ambigui ed incerti. I predetti principi operano in ragione del principio di derivazione comunitaria della certezza del diritto.

e certezza del diritto che connotano qualunque procedimento a carattere sanzionatorio¹¹⁵.

Come noto, la certezza del diritto¹¹⁶ implica la conoscenza preventiva delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui fondata sul contenuto delle disposizioni normative¹¹⁷.

Segnatamente, affinché la norma possa avere anche una forza intimidatrice è necessario che le operazioni sospette siano indicate con chiarezza in modo tale che il destinatario sia posto nella condizione di conoscerne il contenuto, evitando così di incorrere nella condotta illecita descritta dalla norma.

La disposizione, dunque, lascia indeterminato il presupposto oggettivo, da cui consegue una indeterminatezza anche del presupposto soggettivo che sono i due elementi costitutivi di una condotta illecita.

Il lato oscuro della disciplina in esame rischia di far diventare la condotta adottata dall'interessato "non punibile", proprio a causa della indeterminatezza del precetto.

Se, dunque, tali sanzioni hanno come obiettivo quello di punire il contravventore¹¹⁸, allora devono soggiacere a tutti i principi previsti in tema di sanzioni.

Si può, tuttavia, asserire che la sanzione amministrativa in materia di antiriciclaggio dovrà necessariamente qualificarsi sostanzialmente penale, sia perché quando l'infrazione lede l'interesse dell'intera collettività, oltrepassando il rapporto tra P.A. e amministrato, la relativa sanzione avrà riflessi sulla collettività e sarà dunque di tipo penale, sia perché per i giudici della Corte costituzionale le sanzioni amministrative pecuniarie di cui alla legge 24 novembre 1989 sono un tipico esempio di sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale¹¹⁹.

Ne deriva che, se l'obbligo è chiaramente percepito, in quanto contenuto in una norma chiara, esso potrà essere correttamente rispettato; di

¹¹⁵ Cfr. M. WEBER, *Economia e società* (1922), trad. it., Milano 1968, I, p. 161, 294, 336.

¹¹⁶ In generale si rinvia a G. DORIA, *La "dissolvenza" del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. Dir. Civ.* 2019, 1, 50.

¹¹⁷ Le sanzioni amministrative punitive, che si applicano anche alle fattispecie di lotta al riciclaggio, sono previste dalla l. 24 novembre 1981, n. 689.

¹¹⁸ Sul punto si rinvia a Corte Cost. sent. n. 196 del 2010.

¹¹⁹ Una legge oscura è, infatti, il presupposto di un'applicazione diseguale della legge. Sul punto si rinvia a G. URBANO, *La legge "oscura" e il potere amministrativo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2024, 3, 623.

converso una norma ambigua rischia solo di essere oggetto di errori nella sua attuazione e di esporre i soggetti interessati a responsabilità¹²⁰.

La vaghezza pone l'interprete da un lato nella difficoltà di ricondurre nell'alveo delle operazioni sospette alcune fattispecie *borderline*, dall'altro potrebbe verificarsi il rischio di far rientrare nell'alveo delle operazioni sospette, condotte lecite, sottoponendo l'interessato ad un controllo ingiustificato, con conseguente inutile dispendio di risorse da parte della stessa pubblica amministrazione.

Senza poi dimenticare che l'interprete, non essendo delineato il perimetro applicativo della fattispecie, potrebbe trovarsi nel dubbio se considerare o meno una operazione come "sospetta", incorrendo in sanzioni per omessa comunicazione.

L'indeterminatezza della norma¹²¹ se da un lato assicura che il diritto sia sempre "attuale", dall'altro aumenta la diffidenza dei cittadini verso il legislatore e verso la pubblica amministrazione chiamata a svolgere una funzione definitoria della fattispecie. L'obiettivo della disciplina antiriciclaggio dovrebbe, invero, essere anche quello di ridurre il contenzioso, ma la genericità della locuzione, rischia, invece, di incrementare l'attività giurisdizionale.

La soluzione al problema può essere rinvenuta collocando la locuzione "operazione sospetta di riciclaggio" nel contesto della disciplina penalistica. Il riciclaggio rinviene una disciplina specifica nei reati di cui agli artt. 648 bis e 648 ter del codice penale.

Siffatte norme indicano gli elementi costitutivi della relativa fattispecie penale e rappresentano un elemento di riferimento per la ricostruzione della nozione in esame. A quanto precede va aggiunto che gli artt. 648 bis e 648 ter c.p. vanno combinati con l'art. 56 c.p., che disciplina il reato tentativo stabilendo che si ha reato tentato quando si compiono "atti idonei diretti in modo non equivoco". L'utilizzo dell'espressione "operazione sospetta" esclude che con essa il legislatore abbia voluto fare riferimento a una condotta che integri gli estremi del tentativo di riciclaggio. Il sospetto, infatti,

¹²⁰ Si potrebbe parlare di crisi del sistema gerarchico, in favore di un sistema composto da fonti eterogenee nel quale ogni fonte contribuisce alla produzione di norme giuridiche. Sulla "crisi della legge" si rinvia a F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2024, 2, 261; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 61; N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze, 2021, 61.

¹²¹ Occorre la minuta descrizione di tutte le informazioni che devono comporre la segnalazione.

è qualche cosa di meno del tentativo. Ne consegue che ogni tentativo di riciclaggio costituirà una “operazione sospetta”, ma il tentativo di riciclaggio non esaurirà tutta la gamma delle operazioni sospette.

Ciò nonostante, l'art. 56 c.p. può costituire ancora un parametro di riferimento per enucleare la nozione in esame. Se la nozione di “sospetto” concerne una condotta prodromica alla realizzazione di un delitto tentato, vale a dire definisce una condotta che è qualche cosa di meno di quella necessaria a integrare un tentativo; se il sospetto configura una condotta che è qualche cosa di meno di “atti idonei diretti in modo non equivoco”, si avrà “operazione sospetta” lì dove si sia in presenza di “atti idonei” a commettere il reato di riciclaggio. L'atto idoneo a commettere un reato di riciclaggio rappresenta elemento idoneo e sufficiente a configurare una “operazione sospetta di riciclaggio”.

In definitiva, il primo elemento costitutivo del reato tentato di riciclaggio appare idoneo a conferire alla nozione di “operazione sospetta di riciclaggio” tipicità, tassatività e prevedibilità.

In tal modo, si potrà evitare ogni soggettivismo.

L'auspicio è che, in questo modo, vengano superate le criticità dovute alla indeterminatezza della norma, fissando delle regole procedurali e sostanziali per l'istituto delle comunicazioni di operazioni sospette. Solo così sarà possibile una efficace cooperazione attiva da parte della pubblica amministrazione nella lotta al riciclaggio. In questo modo sarà possibile superare l'assoluta vaghezza del dato normativo, che giustifica la ritrosia da parte degli operatori incaricati a provvedere alla comunicazione.

Sulla base di tale premessa emerge un pieno controllo sulla concretizzazione di tali concetti giuridici indeterminati. In particolare, attraverso lo strumento dell'eccesso di potere, in specie del difetto di motivazione e del difetto dei presupposti, i giudici amministrativi giudicano, alla luce delle concrete circostanze fattuali, la correttezza di tale attività intellettuale.

11. *Le azioni correttive: strumenti di verifica della legittimità dei comportamenti*

La disciplina della “comunicazione delle operazioni sospette” non è, tuttavia, esente da criticità.

Si avverte, *in primis*, l'esigenza di chiarire ed arricchire la disciplina legislativa anche mediante l'indicazione di un termine perentorio entro cui

inviare la comunicazione, al fine di indurre i soggetti tenuti ad effettuarla a provvedervi celermente. Nel silenzio della legge, invece, ogni soggetto incaricato di effettuare la comunicazione può valutare “discrezionalmente” quando effettuarla con il rischio che venga inviata quando la condotta illecita sia già stata adottata. Sarebbe opportuno, invece, armonizzare la disciplina antiriciclaggio prevedendo un termine unico per l’invio di comunicazioni/segnalazioni valido per tutti i destinatari dell’obbligo di comunicazione.

Al fine di efficientare l’azione della Pubblica Amministrazione, sarebbe opportuna, inoltre, una standardizzazione del contenuto delle comunicazioni, dotando ogni amministrazione di uno schema analitico a cui conformarsi¹²².

La mancanza di un modello unico di comunicazione genera confusione in capo ai soggetti incaricati, che non sanno quali informazioni siano necessarie ai fini dell’attivazione del controllo da parte dell’Uif con il rischio di dovere integrare la comunicazione *ex post*¹²³. A quanto risulta da una stima degli ultimi anni, le comunicazioni della PA sono talmente poche, da risultare irrilevanti. Nel primo semestre del 2023, ad esempio, la UIF ha ricevuto 77.693 segnalazioni di operazioni sospette, ma di queste solo 156 sono state inviate dalla Pubblica Amministrazione: lo 0,2% del totale¹²⁴.

Non è esente da criticità neppure la disciplina relativa agli indici di anomalia. Essi, infatti, sono dettati da normative secondarie o provvedimenti direttoriali, talvolta anche contrastanti tra loro (con conseguente frammentazione dell’ordinamento giuridico), esponendo l’interprete ad una totale incertezza normativa e assoggettandolo al potere di valutazione dell’organo.

Verrebbe, allora, violato il principio di riserva di legge (artt. 23 e 25, comma 2, Cost.)¹²⁵, in forza del quale la legge primaria deve indicare

¹²² Il provvedimento dell’Uif del 2018 contiene una serie di indicazioni da inserire nella comunicazione, ma pur sempre generiche e contenute in una fonte secondaria (il provvedimento Uif) e non primaria.

¹²³ UIF - Unità d’Informazione Finanziaria, Quaderni dell’antiriciclaggio – Collana Dati statistici, 1, 2023.

¹²⁴ G. M. ANTONELLI, *Le sanzioni amministrativa in materia di antiriciclaggio*, in *Notariato*, 2024, 1, 24.

¹²⁵ L’agente viene, pertanto, assoggettato all’arbitrio puro dell’organo sanzionatore, il quale avrà una facoltà puramente discrezionale nell’individuare le operazioni sospette.

gli elementi idonei ad individuare con certezza la condotta vietata, non potendosi delegare l'individuazione della condotta vietata a fonti secondarie.

A queste ultime, infatti, è assicurato uno spazio di operatività circoscritto agli elementi di "dettaglio" della fattispecie, mentre la definizione degli elementi essenziali spetta alla legge ordinaria.

Ne deriverebbe, infatti, l'attribuzione, alle fonti secondarie, di un potere di innovare l'ordinamento giuridico, di fatto spettante alle fonti primarie.

Infine, l'indeterminatezza della formula utilizzata dal legislatore solleva preoccupazioni legate al principio di legalità, che esige che la legge sia chiara, precisa e prevedibile.

Pertanto, un intervento del legislatore per chiarire la norma, rimuovendo l'indeterminatezza, è spesso necessario per garantire la certezza del diritto e la tutela dei diritti dei cittadini. Questo può avvenire attraverso l'emanazione di una nuova legge che definisca meglio il significato della norma o attraverso l'interpretazione autentica della norma stessa.

Programmazione strategica interistituzionale e metodo consensuale per lo sviluppo del territorio*

di Giovanni Guzzardo e Armando Lorusso

SOMMARIO. 1. Profili introduttivi. – 2. La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico multilivello tra "curva discendente" della programmazione pubblica tradizionale e rinnovati orizzonti. – 3. Su alcune figure di programmazione negoziata. L'accordo di programma: natura giuridica e collocazione sistematica nel quadro generale degli accordi ex legge n. 241/1990. Di alcuni profili problematici. – 4. Sviluppi e prospettive degli accordi di programmazione negoziata. – 5. Patti territoriali e obiettivi di sviluppo locale: implicanze della problematica. – 6. I patti territoriali per lo sviluppo della formazione e dell'occupazione: la centralità delle Università nello sviluppo culturale e sociale. – 7. Profili riassuntivi.

1. *Profili introduttivi*

Una riflessione, per così dire aggiornata, sulla funzione amministrativa esercitata attraverso atti di programmazione, anche consensuale¹, richiede

* Il presente scritto costituisce il risultato di una riflessione condivisa tra gli autori. Tuttavia, i paragrafi 1, 3 e 4 devono essere attribuiti a Giovanni Guzzardo, mentre i paragrafi 2, 5, 6 e 7 ad Armando Lorusso.

¹ In generale sul tema, considerata l'ampia letteratura, cfr. S. AMOROSINO, *Gli accordi di programma tra Amministrazioni (ed i contratti di programma) nella pianificazione dello sviluppo*, in *Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984, 23 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 32 ss.; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'Amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 31 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, *passim*; R. GALLIA, *Dalla contrattazione programmata alla programmazione negoziata: l'evoluzione normativa degli aiuti di Stato: dall'intervento straordinario nel mezzogiorno all'intervento ordinario nelle aree depresse*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 1996, 360 ss.; F. COCOZZA, *La programmazione negoziata e il nuovo impulso al regionalismo economico*, in *Ist. fed.*, 1999, 264 ss.; F. PELLIZER – L. ZANETTI, *La programmazione negoziata nell'ambito della pianificazione urbanistica e dei lavori pubblici*, *ivi*, 283 ss.; A. SARTORE, *Riforma del bilancio dello Stato e programmazione negoziata*, Bologna, 1999, *passim*; R. FERRARA, *La programmazione negoziata tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 432 ss.; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, *passim*; E. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 2000, *passim*; G. ANCONA, *Sviluppo locale e programmazione negoziata: una introduzione*, in G. ANCONA (a cura di), *Programmazione negoziata e sviluppo locale*, Bari, 2001, 7 ss.; A.

una constatazione preliminare che muova dal presupposto del rinnovato interesse², sul piano della riflessione giuridica, per tematiche ritenute, in un pur recente passato, obsolete e perciò confinate nel comparto marginale di una rilevanza sul piano meramente storico-istituzionale.

L'inversione di tendenza muove dalla rilevanza assunta assai di recente da atti di programmazione per accordi, o ibridi, di nuovo conio o comunque profondamente modificati nel regime giuridico, anche se già preesistenti³.

A tale ambito può ascriversi una *figura iuris*, denominata *patto territoriale*, orientata a innescare nell'ordinamento modelli di aggregazione regionale delle Università (così come dispone l'art. 28, decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34), attraverso la "messa a sistema" delle risorse, così da ampliare, *infortiare* e rendere maggiormente attrattiva l'offerta formativa, generando effetti in termini di incremento del numero dei laureati, anche in una prospettiva di percorsi di *up-skilling* e *re-skilling*.

Un modello siffatto di aggregazione, ad esempio in forma di federazione, è del resto coerente con processi assai simili e che, da alcuni anni, si stanno moltiplicando a livello internazionale con l'obiettivo di impattare, in modo deciso, sulla qualità ed efficacia dell'attività didattica e di ricerca applicata, in altri settori con valenza economica di maggiore pregnanza.

Trattasi di profili cui inerisce un duplice ordine di conseguenze, involgenti sia la necessità di una rivisitazione del concetto tradizionale di programmazione negoziata, sia la connessa esigenza di individuare o valorizzare (ricalibrando) metodologie e tecniche giuridiche nella prospettiva di una rinnovata attenzione alle esigenze dello sviluppo culturale ed economico del territorio.

BARONE, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 261 ss.; G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica Amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 267 ss.; A. FLORA, *La pubblica Amministrazione nelle politiche di sviluppo: la programmazione negoziata*, in L. IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'Amministrazione di risultato*, Milano, 2003, 61 ss.; G. DI GASPARE, *Gli strumenti negoziali della governance esterna e della governance istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2007, 1 ss.

² Così A. POLICE – R. ROTA, *Economia circolare e politiche di programmazione dei sistemi infrastrutturali*, in E. PICOZZA – A. POLICE – G.A. PRIMERANO – R. ROTA – A. SPENA, *Le politiche di programmazione per la resilienza dei sistemi infrastrutturali*, Torino, 2019, 1 ss.

³ Così già A. ANGIULI, *L'ambiente nella crisi del piano regolatore*, in L. BARBIERA (a cura di), *Urbanistica contrattata e tutela dell'ambiente*, Bari, 2007, 47 ss., 49.

Una configurazione nuova della fenomenica – più ampia – della programmazione economica classicamente intesa, ormai ritenuta dalla dottrina *esperienza non più (ri)proponibile*⁴ sulla scorta della (in)compatibilità con i principi del libero mercato e della presunta rigidità che ne contrassegna la struttura, rispetto alla dinamicità delle relazioni economiche e sociali⁵, siccome storicamente caratterizzata quale mezzo autoritativo e unilaterale, legittimata dall'art. 41, comma 3 della Costituzione che individua nei programmi gli strumenti per indirizzare e coordinare l'attività economica ai fini sociali.

Come si è già evidenziato – in disparte le modalità attuative di un piano o di un programma e la compatibilità con un determinato assetto ordinamentale – sempre più di frequente forme, sia pur settoriali, di programmazione vanno emergendo nella disciplina delle attività socio-economiche, siano esse svolte da soggetti pubblici o privati. Sicché, pur a fronte dell'*insuccesso* della programmazione economica generale dello scorso secolo, si sono andati affermando modelli di intervento pubblico in forma “programmata”, improntati al principio della consensualità⁶.

Una tendenza siffatta verso la sperimentazione di strumenti di programmazione negoziata pare del resto riconducibile alle trasformazioni che hanno caratterizzato l'ordinamento amministrativo sul versante del rapporto *libertà-autorità*⁷, in cui l'Amministrazione sembra assumere sem-

⁴ R. FERRARA, *La programmazione negoziata tra pubblico e privato*, cit., 436, corsivo nostro. L'A. evidenzia, infatti, che la crisi della programmazione si ricollega alla “dequotazione” della funzione amministrativa autoritativa dello Stato. Sul tema si veda anche M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione* voce, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4298 ss.; nonché, A. ANGIULI, *Piano paesaggistico e piani ad incidenza territoriale. Un profilo ricostruttivo*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 291 ss., la quale si sofferma, in particolare, sulla crisi della programmazione/pianificazione dell'uso e della tutela del territorio.

⁵ M.S. GIANNINI, *Pianificazione* voce, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 629 ss., 630.

⁶ R. FERRARA, *La programmazione negoziata tra pubblico e privato*, cit., 436, evidenzia che il consenso è ormai apoditticamente assunto come un valore in se stesso, quasi a prescindere dal risultato concreto cui esso consente di pervenire.

⁷ Sul tema si rinvia al più recente studio di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e autorità*, Napoli, vol. I, 2021, spec. 31 ss., già introdotte nella riflessione dell'A. in *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991. Cfr., altresì, P. OTRANTO, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, 2023, spec. 71 ss.

pre di più il ruolo di “parte” dei rapporti sociali e di mercato, ormai contraddistinti dal carattere della globalità, sì da suscitare problemi generali di scelte strategiche, in relazione all’analisi delle potenzialità delle risorse e alle capacità di investimento degli operatori economici, implicanti la presenza di soggetti portatori anche di interessi di matrice privata in tutte le fasi della programmazione, al fine di attingere un censimento unitario delle esigenze da soddisfare e del risultato da perseguire.

Per altro e differente profilo non può trascurarsi che gli strumenti di programmazione generale sembrano conoscere, nell’attualità, una rinnovata stagione di interesse sul piano giuridico e istituzionale⁸.

La portata assunta dall’attività programmatica a seguito dell’emergenza sanitaria, e la dimensione che strumenti e tecniche di pianificazione per obiettivi vanno assumendo a livello euro-unitario⁹ hanno messo in evidenza le potenzialità di tale funzione quale strumento di *governance* di fenomeni complessi e di coordinamento¹⁰ delle diverse istanze che ani-

⁸ M. TRIMARCHI, *lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Lo scenario transnazionale ed europeo*, in *Annuario AIPDA 2023*, Milano, 2024, 104 ss., 122.

⁹ Il riferimento è, anzitutto, al ruolo che la programmazione ha assunto nel recente quadro giuridico euro-unitario, che ne ha ridefinito i contorni e arricchito il contenuto. Il piano *Next Generation EU*, adottato dall’Unione europea in risposta alla crisi determinata dalla pandemia, rappresenta l’esempio più emblematico della rinnovata centralità della programmazione quale metodo dell’azione pubblica. Tale strumento, infatti, delinea una programmazione di ampio respiro, volto a promuovere la ripresa economica e sociale degli Stati membri attraverso investimenti in settori strategici per le economie nazionali (digitalizzazione, transizione ecologica, coesione sociale e territoriale, ecc.). Il tema è stato oggetto di numerose riflessioni in dottrina che non sarebbero efficacemente sintetizzabili in questa sede. Tra i numerosi contributi cfr. S. BEKKER, *The EU’s Recovery and Resilience Facility: A Next Phase in EU Socioeconomic Governance?*, in *Politics and Governance*, n. 3/2021, 175 ss.; F. BILANCIA, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 41 ss.; G. CONTALDI, *La normativa per l’attuazione del programma “Next Generation EU”*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2021, 245 ss.; E. PICOZZA, *The Next Generation EU: un passo decisivo verso l’unificazione europea*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 315 ss.; ID., *The Next Generation EU: un passo decisivo verso l’unificazione europea*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 315 ss.; L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, n. 4/2022, 22 ss.; E. VERDOLINI, *La pianificazione multilivello di “Next Generation EU”: note preliminari per un inquadramento teorico-giuridico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2024, 203 ss.

¹⁰ Lo stretto collegamento tra programmazione amministrativa e coordinamento è stato messo in rilievo già da V. BACHELET, *L’attività di coordinamento nell’amministrazione pubblica dell’economia*, Milano, 1957, 9 ss.; nonché, ID., *Coordinamento* voce, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 630 ss., 631, secondo il quale il coordinamento viene in rilievo quando

mano la società contemporanea¹¹. In particolare, la necessità di fronteggiare una crisi di portata – si direbbe – *a-spaziale*¹² ha ricondotto al centro dell'attenzione giuridica l'esigenza di un intervento pubblico coordinato e pianificato, idoneo ad orientare – in termini “previsionali” – le risorse disponibili verso obiettivi condivisi e a garantirne risultati¹³ alla stregua di c.d. indicatori di sostenibilità sociale ed economica.

L'attenzione *in progress* verso la tematica di ordine generale sembra prefigurare mutamenti rilevanti anche con riguardo ad istituti e tecniche della programmazione negoziata – preordinati al perseguimento di obiettivi comuni e, contestualmente, alla “valorizzazione dei territori” – che paiono permeati da meccanismi e parametri funzionali a valutare l'efficacia dell'azione amministrativa e, ancor prima, dell'organizzazione, sul versante non solo della *qualità* della spesa pubblica, ma anche dell'impatto sociale, del miglioramento della qualità della vita e delle condizioni di benessere generale.

Nel quadro così prefigurato sembra emergere, dunque, una “nuova” dimensione della programmazione consensuale (o negoziata, o per accordi), in cui troverebbe concreto sviluppo il profilo dell'efficienza dell'attività amministrativa¹⁴, ma che sembra collocarsi ben oltre l'esigenza di garantire il perseguimento degli interessi pubblici secondo regole di c.d.

ci si trovi di fronte ad una pluralità di attività e di soggetti di cui l'ordinamento riconosce una qualche autonoma individualità ma ne dispone, in ogni caso, l'armonizzazione e, eventualmente, la cospirazione a fini determinati.

¹¹ Su cui cfr. M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, 167 ss.

¹² La locuzione si deve a N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 10.

¹³ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 1 ss., 2, evidenziava che il conseguimento di risultati utili per la collettività costituisce un nuovo paradigma normativo dell'Amministrazione che assume valore (e principio) costituzionale ai sensi dell'art. 97 Cost., destinato a incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa.

¹⁴ Del resto, è nella verifica dell'efficacia dell'azione amministrativa verso il risultato dello sviluppo economico-sociale che può cogliersi l'effettiva attuazione del principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Così, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Introduzione al buon andamento della pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. I, Napoli, 2002, 113 ss., 115.

buona amministrazione per dare rilievo, in coerenza con gli orientamenti del diritto europeo, al concetto, solo da qualche tempo venuto ad emersione nell'ordinamento¹⁵, del c.d. risultato amministrativo¹⁶.

Sembra, così, doverne derivare una revisione profonda involgente – per quel che qui rileva – i criteri e le modalità della programmazione, quale strumento di mediazione di interessi e di razionalizzazione dei pubblici poteri nelle attuali società complesse¹⁷, con differenti tipologie estraibili.

L'ampiezza della materia e delle relative implicanze induce, tuttavia, ad alcune scelte di campo. Le problematiche emergenti sono molteplici e non possono essere tutte ripercorse in questa sede, restando esse estranee ad un approccio che tenda ad esplorare i profili di maggiore attualità.

Ed è su taluni istituti della programmazione “concertata” più recenti che si appunterà, infatti, l'attenzione al fine di verificare se gli stessi possano risultare idonei a traghettare l'azione amministrativa verso la definizione dell'assetto di interessi eterogenei afferenti ad una determinata comunità. Nella specie in esame, può anticiparsi, una programmazione

¹⁵ Il riferimento è all'art. 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), su cui si vedano le ampie riflessioni di M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in www.federalismi.it, n. 9/2024, 206 ss.

¹⁶ Il tema della c.d. amministrazione di risultato (o per risultati) ha costituito oggetto di numerose riflessioni in dottrina. Tra i contributi più significativi cfr., almeno, L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 107 ss. e ivi anche le riflessioni di G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, 127 ss.; nonché, R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall'amministrazione” alla “libertà dell'amministrazione”*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 15 ss. e nelle medesima opera anche i contributi di F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, 36 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, 87 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, cit., 101 ss. Sul tema si veda anche lo studio monografico di M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 52 ss.

¹⁷ Per riprendere le riflessioni di G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 60, il quale, con riferimento alla programmazione – anche in forma concertata – parla di «strumento di razionalizzazione dell'azione dei pubblici poteri nelle odierne società complesse».

“condivisa” tra attori, ma sempre preordinata alla cura del pubblico interesse, poiché volta a privilegiare le esigenze di crescita culturale della comunità territoriale e di coesione sociale dei suoi componenti.

2. *La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico multilivello tra “curva discendente” della programmazione pubblica tradizionale e rinnovati orizzonti*

La nozione di programmazione pubblica delle attività economiche, quale complesso di strumenti di carattere autoritativo, produttivo di prescrizioni vincolanti per i destinatari¹⁸, è entrato fortemente in crisi¹⁹ a partire dalla rilevante stagione di liberalizzazione dei mercati²⁰ (c.d. *deregulation*²¹ o, secondo altra impostazione, ri-regolazione²² o neo-regolazione²³) e di quella successiva segnata dalla privatizzazione delle imprese pubbliche²⁴.

Il declino della programmazione vincolante e precettiva può ascrivere alla de-quotazione della funzione autoritativa del potere pubblico e,

¹⁸ M. CARABBA, *Programmazione* voce, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 36 ss.

¹⁹ R. FERRARA, *La programmazione negoziata fra pubblico e privato*, cit., 432-433, osserva(va) già che la recessività della programmazione pubblica generale (o globale) sembra essere di palmare evidenza senza che possa invocarsi, come argomento contrario, la formula suggestiva di cui all'art. 41, ultimo comma, Cost. che produce il sicuro effetto di «funzionalizzare» la libertà d'impresa, ma che ad essa è sottesa una visione dello Stato regolatore che si è probabilmente «appannata».

²⁰ Cfr., tra le numerose riflessioni sul tema, S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica* voce, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, cit., 3492 ss.; nonché, lo studio di N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, II ed., Napoli, 2012, spec. 40 ss.

²¹ Secondo la nota ricostruzione di A. LA SPINA – G. MAJONE, «*Deregulation*» e *privatizzazione: differenze e convergenze*, in *Stato e mercato*, 1992, 270 ss., 273.

²² Così, in particolare, A. COLAVECCHIO *Privatizzazione e liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici: cause d'origine e condizione d'attuazione*, in *Amm. pol.*, 1998, 661 ss., 665.

²³ Di neo-regolazione parla S. AMOROSINO, *Regolamentazione e deregolamentazione* voce, in *Enc. sc. soc.*, vol. VII, Roma, 1997, 317 ss., 325.

²⁴ Su cui cfr., *ex multis*, C.D. FOSTER, *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Oxford, 1992, spec. 23 ss.; F. BONELLI – M. ROLI, *Privatizzazioni* voce, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 994 ss.; G. COLOMBINI, *Privatizzazione e obiettivi di finanza pubblica*, in *AA.VV., Annuario AIPDA 2003*, Milano, 2004, 77 ss.; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazione tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss.

conseguentemente, al tramonto dello Stato sociale di diritto e, correlativamente, del c.d. Stato imprenditore e regolatore in senso stretto²⁵.

Tuttavia, è proprio in tale contesto che le programmazioni di settore (o ad obiettivi), incentrate sulla concertazione della volontà pubblica e privata per il perseguimento di un fine comune (o di un progetto), sembrano caratterizzate da una notevole espansione, sul piano dell'ordinamento.

La programmazione per obiettivi costituisce il “nucleo essenziale” dell'attività amministrativa c.d. settoriale, caratterizzandosi tale tecnica di esercizio della funzione amministrativa per la presenza di una pluralità di soggetti (pubblici e anche privati), le cui competenze e dotazioni finanziarie sono coordinate e integrate²⁶ in vista del perseguimento di obiettivi comuni²⁷.

Al riguardo, sono state positivizzate numerose forme di programmazione negoziata che, pur connotate da non trascurabili differenze, presentano tratti comuni.

Il riferimento è, in primo luogo, alla frammentazione delle competenze, così come al principio di sussidiarietà, e, conseguentemente, al rilievo assunto dalla *concertazione* quale tecnica di raccordo razionale di mezzi

²⁵ Il riferimento alla funzione di regolazione deve essere inteso, in questo caso, con riguardo all'accezione tradizionale del complesso di funzioni amministrative dirette a orientare i diritti e le libertà dei privati agli interessi e ai valori sociali di rilievo costituzionale, e non alla funzione di regolazione quale manifestazione del potere di governo dei mercati attribuito a soggetti istituzionali (fra tutti, le Autorità amministrative indipendenti) collocati al di fuori del circuito rappresentativo, funzionalizzato a definire le regole dell'agire nel mercato e garantire il rispetto della concorrenza nel (e per il) mercato. In generale sulla funzione amministrativa di regolazione cfr. M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Padova, 1977, 469 ss.; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 12 ss. e ivi M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, 171 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, spec. 246 ss.; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss.; A. ZITO, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Annali, Milano, 2010, spec. 808-810; V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Dir. econ.*, 2010, 111 ss. Più di recente cfr. S. AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino, 2021, spec. 5 ss. e 15 ss.

²⁶ Così, R. FERRARA, *La programmazione negoziata fra pubblico e privato*, cit., 435.

²⁷ S. CASSESE, *Le pianificazioni amministrative di settore e le regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 429 ss.

e strumenti per l'adeguato perseguimento degli obiettivi prefissati²⁸. La recessività dell'idea stessa della programmazione di stampo autoritativo ha indotto a qualificare la concertazione quale «sinonimo stesso di programmazione»²⁹.

Sul versante della *governance*, si pone invece la questione relativa alla partecipazione della "società civile" (e, in particolare, degli operatori economici di settore) ai procedimenti programmatori volti alla definizione delle linee strategiche³⁰, quale diretta manifestazione della trasformazione del rapporto autorità-libertà nonché, sul piano concreto, del mutamento stesso della programmazione che, da "affare riservato"³¹ alle pubbliche Amministrazioni, diviene schema ordinario di definizione "contrattata" dell'azione amministrativa³².

Sul piano del diritto positivo, si deve evidenziare che il quadro normativo in materia di programmazione negoziata pare assai articolato e talvolta di difficile lettura. Trattasi di una disciplina di principio con funzione

²⁸ La concertazione ha assunto rilievo anche sul piano del diritto positivo. Si veda, in proposito, l'art. 1, co. 4 della l. 8 novembre 2000, n. 328 (legge-quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) ove già si prevedeva che gli enti locali provvedono, nell'ambito delle rispettive competenze, alla programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali secondo i principi di concertazione e cooperazione tra i diversi livelli istituzionali e tra questi e organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, organizzazioni di volontariato, enti riconosciuti delle confessioni religiose, ecc. L'art. 3 della medesima legge rinvia a strumenti di programmazione negoziata, frutto di concertazione e cooperazione tra i diversi livelli istituzionali e i soggetti del c.d. privato sociale. Così, tra le riflessioni più recenti, G. GOTTI, *La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2024, 51 ss., 61-62.

²⁹ R. FERRARA, *La programmazione negoziata fra pubblico e privato*, cit., 436, il quale evidenzia che così intesa la programmazione negoziata si caratterizza per una *scansione contrattata* del potere pubblico. Corsivo nostro.

³⁰ Cfr. P. PANTALONE, *Organizzazione dei servizi sociali e partecipazione. Profili generali e considerazioni specifiche relative al caso della metropoli milanese*, in *Dir. econ.*, 2018, 47 ss.

³¹ Così dispone, del resto, l'art. 13, l. n. 241/1990 ove – con riferimento all'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione – è previsto che le stesse non trovano applicazione rispetto all'attività della pubblica Amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

³² Sul tema già rifletteva P. STELLA RICHTER, *Un nuovo modo di amministrare dall'autorità alla partecipazione*, in *Riv. amm.*, 1998, 3 ss.

di indirizzo, preordinata a non vincolare le attività pubbliche attinenti alla definizione dei programmi e dei relativi interventi³³.

Invero, sebbene talune forme di programmazione (tra cui, ad esempio, gli accordi di programma di cui all'art. 27, legge 8 giugno 1990, n. 142³⁴, ora disciplinati dall'art. 34 del decreto-legislativo 18 agosto 2000, n. 267) fossero già definite in alcune regolamentazioni di settore³⁵, la disciplina di principio in materia ha trovato il primo inquadramento organico nella legge 23 dicembre 1996, n. 662³⁶, ove – pur non facendosi menzione dei più antichi accordi di programma, bensì di ulteriori figure di programmazione per accordi – la programmazione negoziata è definita quale forma di «regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza»³⁷.

L'impianto normativo è stato successivamente integrato dalla delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica³⁸ (oggi Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile) del 21 marzo 1997, recante la disciplina della programmazione negoziata, che ne ha dettagliato le procedure di formazione e attuazione dei diversi strumenti giuridici ed ha contribuito a sistematizzare l'assetto regolatorio, pur in presenza di una stratificazione di fonti e di una complessità procedurale non trascurabili³⁹.

³³ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*, cit., 54.

³⁴ Sui si veda l'analisi di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordi di programma (dir. amm.)* voce, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 9 ss. Sul tema cfr. altresì *infra* § 3 e ivi gli ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁵ G. ABBAMONTE, *Programmazione e Amministrazione per settori organici*, Napoli, 1982, 40 ss.

³⁶ Recante «Misure di razionalizzazione della finanza pubblica».

³⁷ Cfr. art. 2, comma 203, lett. a), l. n. 662/1996. Tale definizione, tra l'altro, ha costituito il fondamento per l'individuazione di diversi strumenti attuativi, quali l'intesa istituzionale di programma, l'accordo di programma quadro, il patto territoriale, il contratto di programma e il contratto d'area, caratterizzati da specifiche peculiarità sul piano della struttura, dei soggetti coinvolti e delle finalità perseguite.

³⁸ Sul CIPE e sugli altri comitati interministeriali cfr. A. MATTIONI, *Comitati interministeriali*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, 1998, 1 ss.

³⁹ In dottrina non si è mancato di evidenziare le disposizioni dettagliate contenute nella delibera del CIPE abbiano messo in rilievo, per un verso, l'incapacità della legge, per un verso, di ordinare e selezionare gli interessi pubblici da perseguire (e sul punto cfr.

Nell'ambito della riforma del Titolo V della Costituzione – che, com'è noto, ha profondamente modificato i rapporti tra Stato, regioni ed enti locali, ampliando le competenze legislative regionali e valorizzando il principio di sussidiarietà⁴⁰ – la programmazione negoziata è stata poi oggetto di ulteriori interventi sul versante della razionalizzazione e della definizione di meccanismi di monitoraggio e valutazione degli interventi, nonché di nuove modalità di coordinamento tra i diversi livelli di governo⁴¹. Il riferimento è alla legge 27 dicembre 2002, n. 289 (finanziaria per il 2003) che ha operato una significativa razionalizzazione delle risorse e degli strumenti destinati allo sviluppo territoriale⁴².

A ben vedere, tuttavia, è nelle diverse discipline “territoriali” che gli strumenti di programmazione negoziata trovano positiva definizione, pur nelle connotazioni differenziate assunte in relazione alle specificità territoriali e alle diversificate modalità attuative⁴³.

già R. FERRARA, *La programmazione negoziata fra pubblico e privato*, cit., 460-461); per l'altro, lo stravolgimento tra fonti normative di rango diverso, in ragione del fatto che al CIPE era attribuita anche la competenza a introdurre nuove figure di programmazione negoziata, pur in assenza di una disposizione normativa. Cfr. A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*, cit., 55.

⁴⁰ Giova rilevare, infatti, che l'introduzione e la stessa diffusione di tali strumenti è stata finalizzata a favorire lo sviluppo territoriale attraverso la cooperazione tra soggetti pubblici e privati, superando la frammentazione delle competenze e valorizzando il principio di sussidiarietà verticale e orizzontale.

⁴¹ Cfr. W. GIULIETTI – M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 925 ss.

⁴² La legge richiamata, infatti, ha provveduto a istituire un Fondo per gli interventi nelle aree sottoutilizzate presso il Ministero delle attività produttive, nel quale confluiscono le risorse del Fondo unico per gli incentivi alle imprese, le disponibilità assegnate alla programmazione negoziata per patti territoriali, contratti d'area e contratti di programma. L'introduzione di stringenti meccanismi di coordinamento tra i diversi livelli di governo e l'individuazione di criteri di allocazione delle risorse maggiormente orientati alla verifica dello stato di attuazione degli interventi finanziati hanno indotto una sostanziale trasformazione della programmazione negoziata, soprattutto sul versante della gestione finanziaria, così favorendo non solo la più efficace integrazione tra le politiche regionali e quelle nazionali ma anche la maggiore aderenza degli interventi alle specificità territoriali e alle strategie di sviluppo locale.

⁴³ In questo contesto, si è assistito a una significativa evoluzione degli strumenti di programmazione negoziata e all'emergere di nuovi modelli di *governance* territoriale che valorizzano la dimensione partecipativa e la cooperazione tra attori pubblici e privati. Tra questi, meritano particolare attenzione i piani strategici di città e di area vasta, quali forme avanzate di programmazione concertata, orientate alla definizione di “visioni”

La produzione normativa regionale, infatti, ha dato luogo a una pluralità di modelli operativi, ciascuno rispondente alle specifiche e diverse prospettive di sviluppo locale⁴⁴, al ruolo del partenariato coinvolto, ai meccanismi di valutazione “predittiva”, che, se da un lato ha consentito l’adattamento degli strumenti di programmazione concordata alle caratteristiche proprie di ogni realtà locale; dall’altro ha determinato una significativa frammentazione del sistema normativo, con conseguenti difficoltà di coordinamento e integrazione delle politiche di sviluppo, nell’ambito di una regolazione marcatamente multilivello.

Or, è noto che nella dimensione europea la programmazione negoziata si manifesta principalmente nell’ambito della politica di coesione e dei relativi strumenti di programmazione e finanziamento.

I fondi strutturali, unitamente a quelli di investimento europei (c.d. fondi SIE), costituiscono il principale dispositivo finanziario della politica di coesione, la cui gestione si incentra su un sistema programmatico che presenta significative analogie con la programmazione negoziata come definita nelle norme nazionali⁴⁵. I programmi operativi nazionali (PON) e

condivise del futuro dei territori e all’integrazione delle diverse politiche settoriali. In particolare, numerose regioni hanno definito ulteriori strumenti di programmazione negoziata – programmi integrati territoriali, programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio, contratti di fiume – adattando i modelli nazionali alle peculiarità dei contesti territoriali di riferimento. Sul tema cfr. A. ZITO, *Crisi del principio di legalità e partecipazione ai processi decisionali della pubblica amministrazione in funzione compensativa: premesse per una ricostruzione sistematica del fenomeno*, in www.nuoveautonomie.it, 2024, 143 ss.

⁴⁴ L’analisi comparativa delle legislazioni regionali in materia di programmazione negoziata evidenzia una significativa eterogeneità, riconducibile a diverse variabili. In primo luogo, emerge il grado di istituzionalizzazione di tali strumenti; alcune regioni, infatti, hanno codificato in modo rigido gli istituti di programmazione negoziata e i relativi procedimenti attuativi, mentre altre hanno privilegiato approcci flessibili e incrementali. Si distinguono, poi, modelli *integrati*, che prevedono un coordinamento sistematico tra politiche urbanistiche, ambientali, sociali ed economiche, e approcci *settoriali* con limitate connessioni tra i vari ambiti dell’intervento pubblico, con quel che ne consegue sul versante del coinvolgimento degli *stakeholder* e del grado di vincolatività dei processi di concertazione. Ulteriore elemento è quello inerente ai meccanismi di *governance* multilivello, che assumono una conformazione variabile in relazione ai rapporti tra regione, province e comuni, con differenti gradi di autonomia riconosciuti agli enti locali nella definizione degli strumenti operativi.

⁴⁵ Sul tema la letteratura è assai vasta. In generale si veda A. DI SCIASCIO, *Le politiche europee di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali. Un’introduzione critica*, Torino, 2014, *passim*; F. MANGANARO, *Aspetti istituzionali delle politiche di*

i programmi operativi regionali (POR), che costituiscono i principali strumenti di attuazione dei Fondi SIE a livello nazionale e regionale, si fondano su un approccio concertato, quasi di tipo “partenariale”, che nella definizione e attuazione delle strategie di sviluppo vede il coinvolgimento non solo dei diversi livelli di governo ma anche degli *stakeholder* privati, secondo le prospettive aperte dai principi definiti nel codice europeo di condotta sul partenariato⁴⁶.

coesione, in S. CIMINI – M. D'ORSOGNA (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Napoli, 2014, 1 ss.; ID., *Politiche di coesione* voce, in *Enc. dir., I tematici – Funzioni amministrative*, vol. III, Milano, 2022, 839 ss. Nella letteratura più recente cfr. G.P. BOSCARION, *Le politiche di coesione territoriale nella legge di bilancio 2021-2023*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2021, 667 ss.; G.P. MANZELLA, *La coesione europea, con lo sguardo al 2050*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 442 ss.; M. DUGATO, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Munus*, 2022, 1 ss.; E. SACCO, *Dalle politiche negoziali italiane alla coesione europea: evoluzioni, progressi e arretramenti negli interventi per lo sviluppo del Mezzogiorno*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2022, 427 ss.

⁴⁶ Cfr. Regolamento delegato n. 240/2014/Ue della Commissione del 7 gennaio 2014, recante il codice europeo di condotta sul partenariato. Pare opportuno evidenziare che già nei Trattati di Maastricht e Amsterdam la programmazione delle misure finanziarie da erogare a sostegno degli Stati membri si incentrava su una metodologia pianificatoria orientata alle regole della razionalità economica e dell'efficienza. Di conseguenza, gli ordinamenti nazionali, soprattutto in materia di politiche di coesione, hanno progressivamente attinto a strumenti ascrivibili al metodo “strategico-negoziale” nell'attività di allocazione delle risorse. Si pensi all'approccio *place-based* che caratterizza la politica di coesione europea che ha trovato riscontro nei più recenti sviluppi della programmazione negoziata nazionale, in cui si pone particolare enfasi sulle specificità territoriali e sul coinvolgimento degli attori locali nella definizione e attuazione delle politiche di sviluppo. Tra questi, ad esempio, merita di essere segnalata la Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI), che costituisce una delle innovazioni più significative della programmazione 2014-2020, incentrata su metodologie integrate di sviluppo territoriale, ove si coniugano interventi nazionali (riferiti principalmente ai servizi essenziali) e interventi locali (attraverso progetti di sviluppo), anche attraverso il ricorso anche a modelli partenariali che vedono il coinvolgimento attivo dei diversi livelli di governo e degli attori (privati) locali. Successivamente, anche nel Trattato sull'Unione europea – che ha elevato il principio di coesione territoriale a obiettivo fondamentale dell'azione dell'Unione – la programmazione negoziata ha trovato piena legittimazione quale meccanismo operativo privilegiato per il perseguimento degli obiettivi di integrazione non solo economico-sociale ma anche territoriale (art. 3, co. 3 TUE (ex art. 2) ove si prevede che l'Unione europea «promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri»).

Successivamente, anche l'art. 174 del Trattato di Lisbona sembra porre le basi giuridiche per l'implementazione di modelli di governance multilivello in cui il coor-

Gli indirizzi europei in materia, nel riconoscere il valore strategico degli strumenti di programmazione negoziata per il perseguimento degli obiettivi di coesione economico-sociale e territoriale nei diversi settori di intervento pubblico⁴⁷ attraverso l'utilizzo razionale delle risorse, pongono

dinamento tra i diversi attori istituzionali e gli stakeholder privati assume carattere essenziale, proprio nella prospettiva di promuovere lo sviluppo dell'Unione attraverso il rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale. L'art. 174 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea sancisce, infatti, che l'Unione mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite, con particolare attenzione alle zone rurali, a quelle interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, tra cui quelle più settentrionali con bassissima densità demografica e le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna.

In questa rinnovata cornice normativa, la Commissione europea ha progressivamente elaborato una strategia di sviluppo territoriale fondata sui principi di integrazione e coordinamento, che ha trovato concreta attuazione nei diversi cicli di programmazione dei fondi strutturali. Significativo, in proposito, è il regolamento n. 1303/2013/Ue, recante disposizioni comuni sui fondi strutturali e di investimento europei per il periodo di programmazione 2014-2020, attraverso il quale si consolida l'approccio *place-based* e "partenariale" alle politiche di coesione e si positivizza, in un certo senso, il ricorso a strumenti di programmazione negoziata. L'approccio negoziale alla programmazione dello sviluppo territoriale ha trovato ulteriore conferma nel successivo regolamento n. 2021/1060/Ue (riferito al periodo di programmazione europea 2021-2027).

⁴⁷ Si veda, a mero titolo esemplificativo, la nuova Carta di Lipsia, adottata nel 2020, in materia di programmazione urbana, con la quale si è delineata una serie di principi e linee guida per lo sviluppo urbano sostenibile e si pone l'accento sulla dimensione partecipativa e negoziale dei processi di pianificazione urbana. Nel documento si definisce, infatti, il concetto di "urbanistica collaborativa", che presuppone il ricorso a strumenti di programmazione negoziata per la definizione e l'attuazione di strategie di sviluppo urbano, attraverso la valorizzazione della partecipazione delle comunità locali e degli attori economici e sociali del territorio. In questo senso cfr. le riflessioni di P. URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2021, 318 ss., il quale evidenzia che la nuova Carta di Lipsia rappresenta un significativo avanzamento nella direzione di un modello di *governance* urbana fondato sulla co-produzione delle politiche pubbliche, in cui gli strumenti di programmazione negoziata assumono una funzione centrale.

Si può richiamare, altresì, l'Agenda Territoriale 2030, adottata nel dicembre 2020, in cui si evidenzia l'esigenza, nelle strategie di sviluppo territoriale, di far ricorso a modelli partecipativi e di cooperazione multi-attoriali. Nel documento, infatti, si valorizza la promozione di forme di *governance* atte a superare i confini amministrativi tradizionali, così da incentivare il ricorso a strumenti di programmazione negoziata per la gestione delle aree funzionali e delle regioni transfrontaliere. In un siffatto contesto, assume particolare rilievo il principio di c.d. "functional region" che implica l'adozione di modelli di *governance*

particolare enfasi sulla “capacità amministrativa” degli enti territoriali di farvi ricorso in modo efficace ed efficiente.

Non può sottacersi, infatti, che l'efficacia degli strumenti di programmazione negoziata dipenda in larga misura dalla idoneità della *governance* pubblica nell'attivare processi di cooperazione interistituzionale e pubblico-privata funzionalizzati allo sviluppo sostenibile dei territori dal punto di vista economico e sociale.

Il contesto giuridico brevemente evocato si arricchisce attualmente di una ulteriore dimensione

Le prospettive di analisi, sul versante giuridico ed economico, aperte dall'emergenza sanitaria e dalle successive contingenze socio-economiche di estensione globale sembrano costituire il presupposto per un'analisi rinnovata degli strumenti di programmazione negoziata.

Il regolamento n. 2021/241/Ue istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Next Generation EU*), ha previsto che i piani nazionali di ripresa fossero elaborati mediante un ampio processo di consultazione con gli enti territoriali, le parti sociali e gli *stakeholders* privati, attraverso il ricorso a strumenti giuridici che presentassero significative analogie con i modelli di programmazione negoziata ormai consolidati nell'ordinamento interno ma che, attualmente, trovano declinazione nella legislazione nazionale post-emergenziale.

Significative, in proposito, paiono le più recenti innovazioni in materia di strumenti di programmazione consensuale e, in particolare, di accordi di programma e di patti territoriali per lo sviluppo locale, sui quali ci si soffermerà nel prosieguo dell'analisi⁴⁸.

incentrati sulla cooperazione interistituzionale e sulla concertazione pubblico-privata, secondo logiche che superano la frammentazione delle competenze e valorizzano le interdipendenze funzionali tra i territori.

⁴⁸ Pare opportuno evidenziare che anche i contratti istituzionali di sviluppo (CIS), istituiti dall'art. 6 del d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88, sono stati oggetto di recente valorizzazione nell'ambito della legislazione emergenziale. Il riferimento è, in particolare, al d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, che ha esteso anche a questi istituti le norme di accelerazione e semplificazione introdotte per l'attuazione del PNRR. Sul tema si veda C. Odone, *Il Contratto Istituzionale di Sviluppo Sostenibile – CISS. Una proposta operativa*, in www.federalismi.it, n. 27/2021, 83 ss.

3. *Su alcune figure di programmazione negoziata. L'accordo di programma: natura giuridica e collocazione sistematica nel quadro generale degli accordi ex legge n. 241/1990. Di alcuni profili problematici*

È noto che la l. n. 662/1996 ha delineato l'assetto normativo di base degli strumenti di programmazione negoziata. La consapevolezza dei mutamenti istituzionali e del crescente ruolo strategico derivante dal coinvolgimento delle Amministrazioni territoriali e degli operatori del mercato nelle attività pubbliche dirette a conseguire obiettivi di sviluppo locale ha indotto, per un verso, a generalizzare l'utilizzo di strumenti di concertazione e coordinamento già presenti, ma oggetto di applicazione limitata⁴⁹ (patti territoriali e contratti di programma)⁵⁰; per l'altro a definire figure "nuove" di programmazione negoziata, tra cui l'intesa istituzionale di sviluppo, il contratto d'area e l'accordo di programma quadro. Nella legge del 1996 appena richiamata, come si è detto, non si fa menzione degli accordi di programma c.d. "semplici". Sicché, la disciplina di riferimento pare essere quella di cui alla l. n. 142/1990.

In un contesto generale caratterizzato dalla dequotazione, sul piano sostanziale, della autoritatività dell'azione amministrativa, la figura dell'accordo di programma ha assunto, nel più ampio dibattito giuridico in materia di accordi tra pubbliche Amministrazioni⁵¹, un ruolo di rilievo tra gli strumenti di concertazione dell'attività pubblica⁵², in virtù della previsione

⁴⁹ F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss., 23.

⁵⁰ In questo senso, con riferimento alla contrattualizzazione della funzione pubblica, cfr. già F. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1499 ss.

⁵¹ Su cui in generale, considerata l'ampia produzione scientifica, si veda M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, spec. 120 ss.; D. MARONGIU, *La pubblica amministrazione di fronte all'accordo*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, 15 ss. e ivi le riflessioni di G. BERTI, *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa*, 25 ss.; W. GIULIETTI, *La conclusione di accordi tra Amministrazioni e privati dopo la legge n. 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rass. forense*, 2005, 1247 ss. Cfr., altresì, E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici voce*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001, 1 ss. e ivi gli ulteriori rimandi bibliografici.

⁵² Cfr. G. CORSO, *Gli accordi di programma*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit., 51 ss., 53.

di ampia portata di cui all'art. 27, l. n. 142/1990⁵³, poi trasfusa nell'art. 34 del d.lgs. 267/2000.

La stabilizzazione dell'istituto non ha impedito, tuttavia, che lo stesso trovasse una declinazione assai "variegata" nelle diverse discipline di settore, soprattutto in sede regionali, che sovente ne hanno esteso il campo di applicazione ben oltre la realizzazione di interventi che la legge n. 142/1990 individua(va) quale presupposto necessario per il ricorso ad un modulo siffatto di amministrazione concertata.

Ciò costituisce, probabilmente, il risultato di una generalizzazione solamente suggestiva⁵⁴ da parte della legge, non accompagnata da una definizione di carattere generale dell'accordo di programma⁵⁵ che, al contrario, sembra assumere sembianze differenti in relazione alle diverse discipline che ne fanno menzione.

La questione che si è posta è, dunque, quella relativa alla possibile riconducibilità dell'accordo «di programma»⁵⁶ nell'alveo di una categoria

⁵³ In questi termini, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordi di programma* voce, cit., 9-10, il quale evidenzia che l'accordo di programma, sorto nell'ambito della legislazione di settore per la realizzazione celere di opere infrastrutturali, è divenuto strumento generale dell'azione amministrativa in tutti i casi in cui occorra una strategia coordinata tra più Amministrazioni pubbliche.

Pare opportuno evidenziare che l'accordo di programma è stato disciplinato per la prima volta dalla legge 1° marzo 1986, n. 64 in materia di intervento straordinario nel Mezzogiorno, al fine di offrire strumenti preordinati a risolvere le difficoltà di coordinamento derivanti dai molteplici processi programmatori e dalla frammentazione delle competenze. Sul tema cfr. G. DI GASPARE, *L'accordo di programma: struttura, efficacia giuridica e problemi di gestione*, in *Le regioni*, 1988, 278 ss. Successivamente, gli accordi di programma hanno trovato spazio anche in altre discipline di settore. Si veda, tra le altre, la legge 28 marzo 1988, n. 99 recante le misure urgenti in materia di opere pubbliche e di personale degli enti locali in Sicilia; o la legge 5 maggio 1989, n. 168 in materia di trasporti e concessioni marittime.

⁵⁴ In questi termini, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordi di programma* voce, cit., 10. Di istituto di generale applicazione, con riferimento all'accordo di programma, parlano invece G. PERICU – M. GOLA, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, 283 ss., 288.

⁵⁵ Lo rilevano, fra tutti, E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, spec. 7-9; nonché, R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, Padova, 1993, 101, il quale qualifica l'espressione in termini di formula volutamente *neutra*.

⁵⁶ Con riferimento alla locuzione "di programma", S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordi di programma* voce, cit., 11, rileva che tale complemento di specificazione non allude alla funzione di programmazione della pubblica Amministrazione, quanto piuttosto a

dommatica più generale, e cioè quella degli accordi tra pubbliche Amministrazioni⁵⁷.

L'accordo di programma, così, dovrebbe essere ascritto al più ampio *genus* di "accordo organizzativo" di cui all'art. 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241, il cui fondamento si individua nell'esigenza di coordinare una molteplicità di interessi che il legislatore ha attribuito ad una pluralità di Amministrazioni «al di fuori del modulo organizzativo della gerarchia»⁵⁸. Trattasi, com'è noto, di accordi aventi ad oggetto lo svolgimento, tra più Amministrazioni, di attività di interesse comune⁵⁹, il cui campo di applicazione è da riconoscersi nell'esercizio dinamico del potere in funzione della realizzazione dell'interesse pubblico perseguito⁶⁰.

qualunque intesa o accordo tra pubbliche Amministrazioni, siano esse endoprocedimentali o endoprovvvedimentali. L'A. richiamata in proposito le riflessioni di G. MANFREDI, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le regioni*, 1992, 349 ss., 360-361, il quale evidenziava già che il *nomen* di tale istituto derivi più semplicemente dalla rielaborazione nell'ordinamento interno dei contratti di programma previsti dal regolamento 1787/1984/CEE in materia di Fondo europeo per lo sviluppo regionale e dal regolamento 2088/1985/CEE sui programmi integrati mediterranei.

⁵⁷ In questo senso cfr. già G. CORSO, *Gli accordi di programma*, cit., 57-58.

⁵⁸ Così, F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Atti del XXXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991), Milano, 1994, 39 ss., 41. In tal senso si veda, altresì, E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 11.

⁵⁹ Cfr. G. PERICU – M. GOLA, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., 296, i quali individuano due ragioni sottese all'accordo tra pubbliche amministrazioni: il coordinamento delle diverse azioni degli attori pubblici corrispondenti a diversi interessi pubblici; la collaborazione per il miglior perseguimento delle attività inerenti alla gestione dei servizi pubblici.

⁶⁰ G.M. ESPOSITO, *Il governo delle programmazioni*, cit., 145. L'A. evidenzia, invero, che nel *genus* degli strumenti di esercizio consensuale della funzione amministrativa si distinguono due ipotesi. La prima è quella che attiene all'attività meramente procedimentale, nella quale rientra anche la conferenza di servizi di cui all'art. 14, l. n. 241/1990 quale ipotesi tipica di svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune; in questo caso, tuttavia, l'accordo ha ad oggetto la determinazione congiunta del contenuto discrezionale del provvedimento. La seconda, invece, è l'accordo per l'organizzazione, che rappresenta uno strumento di auto-coordinamento in funzione di attività di tipo programmatico, idoneo ad incidere direttamente sull'apparato pubblico. In quest'ultimo caso, dunque, l'accordo viene stipulato per il coordinamento delle competenze dei diversi soggetti pubblici coinvolti, con riguardo ad attività, interventi o programmi

Sicché, la matrice normativa degli accordi di programma deve essere rintracciata nelle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo, quale disciplina fondamentale dell'attività amministrativa, che individua nell'accordo tra pubbliche Amministrazioni la categoria alla quale ricondurre le figure giuridiche di auto-coordinamento⁶¹ variamente disciplinate dall'ordinamento⁶²: una disciplina certamente assai scarna, ma probabilmente non per caso.

Come si è anticipato, la previsione dell'art. 27 della l. n. 142/1990 è stata successivamente recepita dal t.u. sugli enti locali. Infatti, l'art. 34, d.lgs. n. 267/2000 prevede che per la definizione e l'attuazione di opere, interventi o programmi di intervento che richiedano, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di più Amministrazione (comuni, province e regioni, Amministrazioni statali e altri soggetti pubblici) è possibile promuovere la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati (ma, in ogni caso, soggetti pubblici), al fine assicurare il coordinamento delle azioni e la determinazione congiunta di tempi, strumenti e modalità di realizzazione dell'intervento stesso.

Dal punto di vista strutturale, invece, la disciplina degli accordi di programma deve essere analizzata alla stregua delle interrelazioni e delle

comuni per i quali è richiesta un'azione coordinata. Tipico esempio è, appunto, l'accordo di programma.

⁶¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordi di programma* voce, cit., 14, evidenzia che «nei casi in cui una norma dispone che certe attività siano regolate per il tramite della stipulazione di un accordo di programma, la disciplina da applicarsi non potrà che essere quella desumibile dall'art. 15 l. n. 241», il che equivale a ritenere che quando si parla, in generale, di accordi di programma ci si riferisce a quelli organizzativi, senza che alla locuzione «di programma» possa riconoscersi altro significato da quello meramente evocativo attinente al coordinamento di più soggetti per lo svolgimento di una azione di durata. In questo senso anche A. TRAVI, *Le forme di cooperazione interlocale*, in *Dir. amm.*, 1996, 673 ss., 689, secondo il quale dal punto di vista formale gli accordi di programma non sono altro che una modalità di convenzione tra pubbliche Amministrazioni di cui la legge disciplina in modo più puntuale le fasi di formazione e di esecuzione dell'accordo.

⁶² In giurisprudenza cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20 luglio 2018, n. 4413 ove si osserva che l'accordo di programma costituisce una *species* del più ampio *genus* degli accordi di programmazione negoziata e, in linea ancora più generale, dell'istituto degli accordi fra Amministrazioni di cui all'art. 15, l. n. 241/1990, che ne scandisce la disciplina residuale, per quanto non espressamente previsto in quella speciale dell'art. 34, d.lgs. n. 267/2000. In questo senso cfr., altresì, Consiglio di Stato, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3458; Id., sez. IV, 9 marzo 2021, n. 1948; Id., sez. IV, 24 ottobre 2012, n. 5450.

differenze sussistenti tra la disciplina generale della l. n. 241/1990 e quella dell'art. 34 del TUEL.

In proposito, ci si limita ad evidenziare che le principali differenze tra le due discipline risiedono nella “procedimentalizzazione” dell'attività preparatoria alla conclusione dell'accordo e nella sussistenza di effetti indiretti che la legge ricollega alla conclusione dello stesso.

Le questioni che ruotano attorno al procedimento – in cui si identificano la fase dell'iniziativa, quella delle trattative, quella costitutiva e di approvazione dell'accordo e quella successiva di controllo e vigilanza – sono state già oggetto di indagine in dottrina⁶³.

Tuttavia, l'aspetto che suscita maggiore interesse è quello che attiene alla possibilità per i privati di prendere parte ad accordi siffatti, che restano di tipo organizzativo, dunque con funzione di indirizzo strategico, ma che incidono in modo significativo anche sul versante dell'attività amministrativa in senso stretto.

Ora, è noto che la tecnica della collaborazione, oltre che fra pubbliche Amministrazioni, può estendersi anche al coinvolgimento dei privati, sia pur – come si è osservato in dottrina – nei limiti della “disponibilità” dell'interesse pubblico⁶⁴. Ma in tal caso, ricorrendo anche la disciplina dell'art. 11, l. n. 241/1990, l'oggetto dell'accordo corrisponde alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento che l'Amministrazione decide di “concordare” con il privato, posto in una posizione paritaria⁶⁵.

Tuttavia, sul versante degli accordi di programma – quale specie di accordi tra pubbliche Amministrazioni – sarebbe in via di principio da escludere che soggetti privati possano partecipare all'attività volta a programmare, e perciò a regolare, i rapporti organizzativi tra le Amministrazioni coinvolte e le correlate attività ad esse spettanti⁶⁶.

⁶³ Sulle diverse fasi dell'accordo di programma si rinvia all'analisi puntuale di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordi di programma* voce, cit., spec. 14-20.

⁶⁴ M. CLARICH, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2024, 651 ss., 658.

⁶⁵ Secondo G.M. ESPOSITO, *Il governo delle programmazioni*, cit., 146-147, la causa di una siffatta tipologia di accordo risiederebbe non tanto nella ricerca dell'efficienza, quanto nel bisogno di una nuova legittimazione del potere, attraverso la trasformazione del rapporto libertà-autorità e, dunque, nella conversione dell'autorità in consenso.

⁶⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordi di programma* voce, cit., spec. 23, il quale evidenzia che sarebbe la valenza latamente normativa (di autonormazione) ad escludere – in via di principio – la possibilità per i privati di parteciparvi.

Tale impostazione sembrerebbe derivare sia dalla disciplina del TUEL e dalle disposizioni della legge n. 241/1990 che espressamente escludono dall'ambito applicativo delle norme in materia di partecipazione le attività dirette all'emanazione di atti di pianificazione e programmazione⁶⁷, sia dalle norme speciali che riservano alle Amministrazioni il potere di autoregolare le proprie attività nella prospettiva del perseguimento del risultato "comune"⁶⁸.

Nondimeno, non può trascurarsi che l'esclusione in radice della possibilità per i soggetti privati di prender parte al procedimento⁶⁹ di formazione dell'accordo e di esecuzione dello stesso⁷⁰ implicherebbe il venir meno di prerogative volte a orientare l'esercizio della discrezionalità amministrativa⁷¹ – nonché una deroga all'ordinario modo di formarsi della

⁶⁷ Il riferimento è, ancora una volta, all'art. 13, co. 1, l. n. 241/1990.

⁶⁸ Salvo deroghe espresse come quella che si legge nell'art. 246, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente) in materia di accordi di programma per il recupero di siti inquinati, ove espressamente si prevede la partecipazione, e finanche l'iniziativa, dei privati interessati alla definizione, con le Amministrazioni interessate, di accordi di programma per la realizzazione di interventi volti alla bonifica di siti inquinanti a livello territoriale.

⁶⁹ In generale sul tema, considerata l'ampia letteratura, cfr. G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 789 ss.; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, *passim*; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 35 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, 2000, 27 ss.; F. GIGLIONI – S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 943 ss.; M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, cit., 531 ss.; M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo voce*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, cit., 4128 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 283 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016, 5 ss.

⁷⁰ Ciò sta a significare che per "partecipazione" deve intendersi sia la possibilità per il privato di partecipare al procedimento di formazione dell'accordo ai sensi dell'art. 10, l. n. 241/1990, sia quella di divenire parte dell'accordo e, conseguentemente, costituire parte essenziale dell'esecuzione del programma in vista del perseguimento del risultato.

⁷¹ Cfr. art. 7 ss., l. n. 241/1990, su cui si veda P. CHIRULLI, *La partecipazione al pro-*

volontà dell'Amministrazione il cui nucleo essenziale è individuabile nella valutazione di tutti gli interessi meritevoli di tutela⁷² – in tutti quei casi in cui, pur nell'esercizio di una funzione volta ad organizzare le attività spettanti alle singole Amministrazioni, si individuino interessi che devono essere presi in considerazione rispetto agli interventi di sviluppo oggetto dell'accordo considerato.

Del resto, è la stessa giurisprudenza amministrativa che, proprio con riferimento agli accordi di programma, ha da tempo evidenziato che, dal punto di vista funzionale, l'accordo di programma non può essere limitato alle ipotesi in cui sia preordinato alla realizzazione di opere pubbliche, così escludendo quelle di iniziativa privata alle quali sia comune l'interesse pubblico⁷³.

Gli è che, alla luce di tale osservazione, dovrebbe concludersi per la (quasi) obbligatoria partecipazione dei privati alla formazione della volontà amministrativa. Ma con una opportuna precisazione, necessaria a ricondurre tale ricostruzione, pur nel silenzio della legge, nell'ambito di uno schema giuridico coerente con l'impianto ordinamentale. Trattandosi di accordi organizzativi, l'apporto del privato non potrà incidere direttamente sull'accordo in sé, ma solo indirettamente attraverso i singoli atti di adesione delle Amministrazioni coinvolte. Ciò sta a significare che il

cedimento (artt. 7 e 8 l. n. 241 del 1990 s.m.i.), in M.A. SANDULLI (a cura di), Principi e regole dell'azione amministrativa, Milano, IV ed., 2023, 399 ss. e in l'ulteriore bibliografia citata.

⁷² In questo senso cfr. già A. MAVELLI – F.P. PUGLIESE, *Azione e organizzazione nell'accordo di programma*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione (Tremezzo, 19-21 settembre 1996), Milano, 1997, 423 ss.

⁷³ Cfr. già Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62; nonché, Tar Liguria, Genova, sez. I, 8 luglio 1997, n. 292, ove si ribadisce l'obbligo di garantire la pubblicità e il contraddittorio a garanzia del procedimento di pianificazione (nel caso di specie si trattava di pianificazione urbanistica) anche nei casi in cui si sia fatto ricorso al modello dell'accordo di programma. In senso contrario cfr., sempre in giurisprudenza, Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62, ove si legge che i soggetti privati non possono in nessun caso partecipare al tradizionale accordo di programma *ex art. 27, l. n. 142/1990*, tutt'al più possono essere coinvolti soltanto nella sua attuazione (come affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità e, in particolare, Corte di cassazione, sez. un., 4 gennaio 1995, n. 91) o essere ammessi a contributi meramente informali nel procedimento di formazione dell'accordo di programma in sede di conferenza preparatoria. Sulla partecipazione al procedimento di programmazione cfr., nella giurisprudenza più recente, Consiglio di Stato, sez. VI, 14 novembre 2022, n. 9951; CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 12 gennaio 2023, n. 424; Tar Campania, Napoli, sez. III, 1° febbraio 2023, n. 738.

privato diviene (indirettamente) parte dell'accordo in virtù del rapporto instaurato con la singola Amministrazione che vi partecipa, distinto da quello che vincola le Amministrazioni ma a quest'ultimo intimamente connesso⁷⁴.

Nondimeno, una simile prospettiva pare innestare talune riflessioni in ordine al rapporto tra politica e amministrazione e, conseguentemente, alle interrelazioni tra atti di indirizzo e atti di gestione.

La tematica di ordine generale è stata ampiamente indagata in dottrina⁷⁵. Tuttavia, essa sembra assume particolare interesse se analizzata con riferimento agli strumenti di programmazione negoziata e, tra questi, gli accordi di programma.

Gli accordi di programma introducono elementi di complessità nel tradizionale rapporto tra politica e amministrazione, contribuendo a rendere sempre più sfumata quella distinzione concettuale tra atti di indirizzo e atti di gestione che, pur costituendo architrave teorica dell'organizzazio-

⁷⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordi di programma* voce, cit., 24.

⁷⁵ Sul tema la letteratura giuridica è assai vasta. Cfr., tra i molteplici contributi, L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 162 ss., ripubblicato in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 1843 ss.; ID., *Amministrazione pubblica* (organizzazione giuridica dell') voce, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, 1 ss., ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, vol. III, 1996, 1983 ss.; S. AMOROSINO, *Su alcune configurazioni reali dei rapporti tra direzione politica e dirigenza amministrativa nel contesto italiano*, *Foro amm.*, 1995, 1153 ss.; F. MERLONI, *Amministrazione 'neutrale' e amministrazione 'imparziale'*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; M. GOLA, *Riflessioni in tema di responsabilità politica e amministrazione pubblica*, Milano, 1998, *passim*; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003, *passim*; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005, 48 ss.; V. CERULLI IRELLI, *La funzione amministrativa tra politica e amministrazione*, in M.P. CHITI – R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, 2007, 15 ss.; A. ZITO, *Atti di indirizzo e proposte di riforma delle pubbliche amministrazioni: problemi e prospettive*, in *Nuove autonomie*, 2007, 1 ss. M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, Napoli, 2009, 98 ss.; M. MIDIRI, *I rapporti tra politica e amministrazione nella giurisprudenza costituzionale e la riforma della dirigenza*, in *Dir. econ.*, 2009, 795 ss.; M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *www.nuoveautonomie.it*, 2010, 69 ss. M.C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in A. CONTIERI – M. IMMORDINO, *La dirigenza locale*, Napoli, 2012, 1 ss.; S. BATTINI, *La separazione tra politica e amministrazione in Italia: ieri, oggi e domani*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 151 ss. Più di recente cfr. A. ROMEO, *Procedimento e organizzazione negli studi di Mario Nigro: l'attualità del giurista*, in *Nomos*, 2023, 1 ss. e ivi l'ulteriore bibliografia citata.

ne amministrativa, trova nella prassi applicativa taluni, e non poco rilevanti, elementi di ibridazione. La questione assume particolare rilevanza ove si consideri che tali accordi, se da un lato si configurano quali strumenti di natura prettamente organizzativa volti al coordinamento interistituzionale; dall'altro determinano significative implicanze sull'attività amministrativa sostanziale, soprattutto in ragione dell'idoneità dell'apporto partecipativo di carattere "sociale" a orientare non soltanto l'*an* della decisione pubblica, ma anche le modalità concrete attraverso cui gli obiettivi programmati vengono perseguiti e realizzati⁷⁶.

Una siffatta prospettiva si manifesta con particolare intensità allorché l'accordo di programma venga impiegato per la realizzazione di interventi complessi⁷⁷ che richiedono il concorso di risorse e competenze sia pubbliche sia private, determinando una forma di "co-amministrazione" che sfugge agli schemi tradizionali della separazione funzionale tra il momento dell'indirizzo politico e quello della gestione amministrativa.

Il coinvolgimento dei privati nell'elaborazione degli accordi di programma, infatti, non sembrerebbe limitarsi alla mera partecipazione procedimentale contemplata dall'art. 11 della l. n. 241/1990, quanto piuttosto assumere connotati più penetranti in relazione alla natura stessa dello strumento programmatico, che per vocazione è destinato ad incidere sulla definizione degli obiettivi di sviluppo territoriale e sulle strategie attraverso cui tali obiettivi vengono concretamente perseguiti. Ciò determina una significativa alterazione dei tradizionali equilibri tra sfera politica e sfera amministrativa, posto che le scelte programmatiche – che dovrebbero in via di principio costituire espressione delle funzioni assegnate agli organi di indirizzo politico⁷⁸ – sono orientate per mezzo di uno schema giuridico che si avvantaggia di strumenti consensuali, e si potrebbe dire di

⁷⁶ Sul tema cfr. A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 697 ss.

⁷⁷ Si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'accordo di programma sia preordinato alla realizzazione di interventi infrastrutturali o di sviluppo economico che presuppongono necessariamente il coinvolgimento di operatori privati, che attraverso competenze e risorse finanziarie, assumono un ruolo determinante nell'orientare tanto la definizione degli obiettivi programmatici, quanto la scelta delle modalità attuative più appropriate per perseguirli.

⁷⁸ Sull'indirizzo politico-amministrativo si veda già T. MARTINES, *Indirizzo politico* voce, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 134 ss.; nonché, E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, *passim* ma spec. 35 ss.; M. CERASE, *Indirizzo politico*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, cit., 3092 ss.

amministrazione condivisa, così da trovare spazio nell'alveo dei modelli e delle tecniche giuridiche ascrivili alla c.d. amministrazione di prestazione⁷⁹.

Emerge, così, l'esigenza di una "nuova" rimeditazione critica in ordine alle tradizionali interpretazioni del rapporto tra politica e amministrazione, alla stregua delle trasformazioni indotte dal ricorso a strumenti di programmazione negoziata che sembrano configurare un modello di *governance* multilivello in cui la distinzione tra atti di indirizzo e atti di gestione tende a sfumare in favore di forme più complesse di coordinamento interistituzionale e di collaborazione pubblico-privata. Tale evoluzione, se da un lato pare coerente con le esigenze di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa in contesti sempre più complessi e interconnessi; dall'altro solleva non trascurabili interrogativi circa la tenuta dei principi democratici di responsabilità e trasparenza dell'azione pubblica, nonché l'opportunità di definire nuovi meccanismi di controllo e garanzia che siano in grado di presidiare l'interesse generale in un contesto caratterizzato da "momenti" di ibridazione tra l'interesse pubblico e quello privato.

4. *Sviluppi e prospettive degli accordi di programmazione negoziata: limiti delle discipline regionali e potenzialità di un approccio differente alla regolamentazione della funzione amministrativa*

Nella prospettiva innanzi delineata deve considerarsi che la disciplina degli accordi di programma è stata oggetto di una significativa evoluzione, caratterizzata dal progressivo adattamento alle trasformazioni dell'ordinamento amministrativo multilivello e alle nuove esigenze di *governance* territoriale.

Il riferimento è innanzitutto alle diversificate discipline regionali, cui

⁷⁹ Sulla amministrazione di prestazione – quale paradigma volto a definire la funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dei bisogni della collettività – si vedano, in particolare, le più recenti riflessioni di A. ANGIULI – V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Servire il popolo. Osservazioni sul sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. I, Napoli, 2020, 537 ss., 569-573, secondo i quali la declinazione di "amministrazione di risultato" assume connotazioni peculiari nella materia dei servizi sociali; nonché, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I Servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, cit., 813 ss.; nonché, V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2021, 168 ss.

si è fatto già cenno, che hanno adattato la *figura iuris* alle specificità territoriali e alle diverse modalità attuative delle politiche locali.

V'è, infatti, da evidenziare che lo sviluppo della disciplina degli accordi di programma in sede regionale rappresenta un esempio paradigmatico di *come* l'autonomia delle regioni contribuisca a *modellare* gli istituti giuridici alla luce delle diversificate esigenze territoriali e della *governance* locale, anticipando sovente modifiche successive della disciplina generale.

Un'analisi sistematica e dettagliata di tale fattispecie esula dai limiti di questa riflessione. Pare nondimeno opportuno richiamare taluni esempi significativi.

In tale direzione sembra collocarsi la disciplina della regione Puglia in materia di «programmazione, bilancio, contabilità regionale e controlli» di cui alla legge regionale 16 novembre 2001, n. 28 che ha esteso significativamente, sul piano oggettivo, l'ambito di applicazione dell'accordo di programma, rispetto alla disciplina generale contenuta nell'art. 27, l. n. 142/1990 e successivamente nell'art. 34 del TUEL.

La normativa regionale, infatti, prevede che a tali modelli di amministrazione concertata si possa far ricorso non solo per la realizzazione di opere e interventi specifici, ma anche per la definizione di strategie integrate di sviluppo territoriale, attraverso il coinvolgimento di una molteplicità di soggetti pubblici e *privati* nella programmazione e attuazione di interventi di rilevanza sovracomunale⁸⁰.

Analogamente, anche la regione Lombardia ha disciplinato l'istituto attraverso un approccio sistematico che ha trovato la sua prima formulazione nella legge regionale 14 marzo 2003, n. 2, successivamente sostituita dalla legge regionale 29 novembre 2019, n. 19⁸¹. La normativa regionale da ultimo richiamata, invero, oltre all'accordo di programma⁸², disciplina specifici strumenti pattizi (accordo quadro di sviluppo territoriale, accordo

⁸⁰ Cfr. art. 12, co. 8, l.r. n. 28/2001 ove si legge che «detti accordi hanno la finalità di assicurare il coordinamento di tutte le attività necessarie alla realizzazione di opere e di programmi di intervento di *prevalente competenza regionale* e che richiedono l'azione integrata e coordinata di enti locali e altri soggetti pubblici, agenzie e società a partecipazione pubblica, imprese e altri soggetti privati. La Regione promuove o partecipa agli accordi di programma ai sensi dell'articolo 34 del d.lgs. 267/2000».

⁸¹ Recante la «Disciplina della programmazione negoziata di interesse regionale».

⁸² Per la disciplina in materia di contenuto dell'accordo, procedimento di formazione, partecipazione privata, nonché in materia di valutazione e controllo, cfr. art. 7, l.r. n. 19/2019.

di rilancio economico, sociale e territoriale, accordo locale semplificato) volti alla realizzazione di interventi in materia di politiche sociali, sanitarie ed educative, così configurando i modelli di programmazione per accordi quali meccanismi privilegiati di integrazione tra i diversi settori delle politiche pubbliche locali.

Su altro versante, ed in modo ancor più significativo, gli orientamenti in materia di sviluppo sostenibile e di transizione ecologica – più di recente condensati nell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile⁸³ e nel c.d. *Green Deal* europeo⁸⁴ – sembrano aver prefigurato le coordinate teoriche poste alla base di una rinnovata dimensione degli strumenti di programmazione negoziata.

Invero, non solo a livello statale⁸⁵ ma anche in sede regionale si è manifestata l'opportunità di conformare i processi decisionali alle tecniche ascrivibili ad una programmazione orientata al perseguimento di obiettivi di sostenibilità, nei molteplici e diversificati settori della vita socio-economica, che il "sistema europeo" si prefigge di traguardare.

Le diverse discipline regionali⁸⁶ manifestano la tendenza verso un

⁸³ Sulle prospettive aperte dall'Agenda 2030 in materia di sviluppo sostenibile e transizione ecologica, quale programma di azione per le persone, il pianeta e la prosperità, si veda, in particolare, lo studio monografico di G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022, 299 ss.

⁸⁴ Su cui, tra i numerosi contributi, cfr., in dottrina, A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 4 ss.; nonché, E. CHITI, *Il Green Deal e alla costruzione di una nuova Europa*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberty*, Torino, 2022, 573 ss.

⁸⁵ Tale rinnovata prospettiva delle istituzioni euro-unitarie per lo sviluppo sostenibile e i diritti sociali (che si leggono anche nella strategia annuale sulla crescita sostenibile 2020, nelle iniziative riconducibili al *Just Transition Mechanism*, nella comunicazione sul futuro digitale dell'Europa, nella Strategia sulla parità di genere 2020-2025, nella Strategia europea sulla biodiversità al 2030 e sul *Farm to Fork*, nel piano d'azione sull'economia circolare) condizionano inevitabilmente l'attività di programmazione degli Stati e delle regioni, chiamati a conformare i propri processi decisionali alle tecniche ascrivibili ad una programmazione nell'ambito della quale devono emergere le mete che si vogliono raggiungere, nonché gli strumenti e le azioni per il raggiungimento delle stesse, attraverso un processo organizzativo necessario per definire una strategia o la direzione da prendere per assumere decisioni sulla allocazione delle risorse.

⁸⁶ Di particolare rilievo pare, in proposito, la disciplina della regione Emilia-Romagna di cui alla legge regionale 21 dicembre 2017, n. 24 (successivamente modificata con la legge regionale 14 giugno 2024, n. 7) in materia tutela e uso del territorio, ove gli

significativo arricchimento dell'istituto oggetto di analisi, che da meccanismo operativo essenzialmente volto alla realizzazione di opere pubbliche si è progressivamente trasformato in uno strumento decisionale di *governance* territoriale idoneo a coordinare politiche e interventi di natura eterogenea, contrassegnato, tuttavia, da specifiche finalità e da non trascurabili specificità procedurali.

Non può sottacersi, che la proliferazione delle discipline a valenza territoriale abbia ingenerato talune problematiche di coordinamento e di coerenza sistematica rispetto alla disciplina generale ma ancor prima di limiti di legittimità della regolamentazione di matrice regionale.

In proposito, anche il giudice amministrativo ha avuto occasione di sottolineare che le difficoltà interpretative derivanti dalla coesistenza di discipline diverse evidenziano la necessità di garantire – anche in tale materia – il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, con particolare riferimento alle norme statali sul procedimento di formazione degli accordi e alla regolamentazione dei rapporti con gli altri strumenti di programmazione territoriale⁸⁷.

Ma, da altro angolo visivo, è proprio in tale contesto di pluralismo

accordi di programma sono espressamente identificati quali strumenti di attuazione delle strategie regionali per lo sviluppo sostenibile. L'art. 59 della l.r. n. 24/2017 prevede, infatti, che siffatti accordi possano essere adoperati per la realizzazione di interventi finalizzati alla rigenerazione urbana, alla tutela del paesaggio e alla promozione dell'economia circolare, anche attraverso strumenti di partenariato pubblico-privato che privilegiano meccanismi di sostenibilità ambientale e sociale.

Tra le altre sembra significativo segnalare la legge regionale Toscana 10 novembre 2014, n. 65 recante «Norme per il governo del territorio». L'art. 41 prevede che gli accordi (*sub specie* di accordi di pianificazione) possano essere utilizzati per la realizzazione di interventi di interesse sovracomunale che richiedano il coordinamento tra le previsioni degli strumenti urbanistici di diversi comuni o tra questi e gli strumenti di pianificazione provinciale e regionale. Anche la regione Veneto ha introdotto, di recente, una disciplina specifica degli accordi di programma in materia di sviluppo del territorio e di attrazione di investimenti nel territorio regionale. La legge regionale 7 marzo 2025, n. 3 prevede, infatti, che si possa far ricorso agli accordi di programma (art. 2) per la realizzazione di nuovi insediamenti produttivi di imprese o aggregazioni di imprese o l'espansione di insediamenti esistenti, privilegiando la realizzazione di programmi di riconversione produttiva o il riutilizzo di impianti inutilizzati o dismessi.

⁸⁷ Il riferimento è, in particolare, alla pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 13 aprile 2021, n. 2999, ove il giudice amministrativo ha avuto modo di precisare che le discipline regionali degli accordi di programma devono rispettare, in ogni caso, i principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale.

normativo e di crescente complessità procedurale che si innesta la più recente rivitalizzazione degli accordi di programma determinata dall'esigenza di perseguire gli obiettivi di sostenibilità economica, sociale ed ambientale definiti dal *Recovery and Resilience Facility* di cui al piano *Next generation EU* e, sul versante nazionale, dal Piano di ripresa e resilienza.

Il PNRR, infatti, ha restituito “nuova linfa” agli strumenti di coordinamento interistituzionale al fine di garantire la realizzazione tempestiva ed efficace del *risultato*⁸⁸, inteso in termini di benessere sociale ed economico e, dunque, di interventi complessi che richiedono il concorso di risorse e competenze a diversi livelli di governo⁸⁹, ma che, tuttavia, presentano caratteristiche specifiche che li distinguono dagli altri precedenti disciplinati da norme interpretate sistematicamente alla luce di teorie storicamente poste.

⁸⁸ Cfr. M. MACCHIA, *L'amministrazione del PNRR: un cambio di paradigma*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, 445 ss.

⁸⁹ Un esempio significativo di questa tendenza è ascrivibile all'accordo di programma sottoscritto il 15 dicembre 2022 tra il Ministero dell'istruzione, la regione Puglia, la provincia di Bari e i comuni di Bari, Monopoli, Polignano a Mare e Conversano per la realizzazione del “Piano di estensione del tempo pieno e a indirizzo musicale”, nell'ambito della Missione 4 del PNRR dedicata all'istruzione e alla ricerca. L'accordo, che prevede un investimento complessivo di oltre 200 milioni di euro, coordina le competenze statali in materia di istruzione con quelle regionali e locali in materia di edilizia scolastica e pianificazione territoriale. Nell'accordo si stabilisce un cronoprogramma dettagliato per la realizzazione degli interventi, si prevedono specifici *target* conformi agli obiettivi e alle scadenze fissate in sede euro-unitaria, e si definisce un sistema di *governance* che coinvolge tutti i livelli di governo interessati coordinato da un comitato di composto dai rappresentanti di tutte le Amministrazioni partecipanti.

In senso analogo si può richiamare l'accordo di programma sottoscritto il 28 novembre 2022 tra il Ministero dello sviluppo economico, la regione Campania, le province di Napoli, Salerno e Caserta e diversi enti locali per la realizzazione della “Zona Economica Speciale Campania” che costituisce un esempio del ricorso a siffatto modulo di amministrazione negoziata funzionale al coordinamento di politiche di sviluppo economico che coinvolgono diversi livelli di governo e richiedono una programmazione integrata di interventi infrastrutturali, normativi e finanziari. L'accordo, in particolare, prevede la realizzazione di interventi per oltre 1,2 miliardi di euro nell'ambito della Missione 1 del PNRR dedicata alla «digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura», attraverso il coordinamento degli investimenti in infrastrutture digitali con quelli in materia di ricerca e sviluppo. Significativo è, altresì, il sistema di governance definito dall'accordo, che prevede la costituzione di una cabina di regia regionale e di c.d. tavoli tecnici settoriali che vedono il coinvolgimento non solo delle Amministrazioni pubbliche ma anche delle rappresentanze dei diversi settori produttivi e della ricerca.

Tale chiave di lettura fa leva sulla caratterizzazione della rilevante dimensione temporale, dovendosi garantire il rispetto delle scadenze europee per la realizzazione degli investimenti; nonché sugli stringenti meccanismi di monitoraggio e controllo, in linea con le esigenze di *accountability*⁹⁰ richieste dalla programmazione europea.

Anche questa tendenza verso la procedimentalizzazione e il monitoraggio⁹¹ degli accordi di programma riflette la più generale evoluzione dell'ordinamento verso modelli di *governance* orientati ai risultati (o al risultato)⁹². Gli accordi di programma si configurano così non più (o perlomeno non solo) quali meri strumenti di coordinamento amministrativo, ma come veri e propri dispositivi di *governance* territoriale idonei ad integrare la dimensione programmatoria con quella attuativa e valutativa, nonché a garantire la continuità del processo decisionale che, com'è noto, costituisce uno dei caratteri qualificanti della programmazione amministrativa nell'ordinamento multilivello contemporaneo.

Tale orientamento, del resto, pare coerente con quella impostazione dommatica, per nulla recente, che ha spostato il pendolo dell'attività amministrativa sulla corretta predeterminazione dell'obiettivo quale presupposto del risultato, piuttosto che sui meri parametri di economicità, efficienza ed efficacia.

Il presupposto del risultato così inteso evidenzia, altresì, l'acquisizione, in sede europea, di un differente approccio alla regolamentazione della funzione amministrativa di programmazione (o a quella di pianificazione) che, in quanto legata al raggiungimento di livelli di sviluppo predeterminati, deve essere valutata e misurata alla stregua della rilevanza che essa assume nell'ambito di una determinata realtà sociale.

I corollari entro cui si articola la fattispecie di “anticipazione del risul-

⁹⁰ Tra i contributi più recenti sul tema cfr. A.G. PIETROSANTI, *Verso una graduale “responsabilizzazione” dello Stato (legislatore)?*, in *www.nuoveautonomie.it*, 2021, 905 ss.; G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, 601 ss.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2023, 271 ss.

⁹¹ Lo rileva S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 735, ss., 737.

⁹² Cfr. S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 669 ss.; nonché, con particolare riferimento agli strumenti di amministrazione condivisa, N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2023, 813 ss.

tato” consentono di prefigurare l’andamento del programma rispetto alle priorità individuate, sorvegliandone l’attuazione. Al contempo, una funzione siffatta potrebbe collocarsi nell’ambito dei percorsi logico-giuridici che guidano l’esame dell’azione amministrativa in ordine al perseguimento in concreto dell’interesse pubblico, ogni qualvolta la valutazione, nei casi in cui evidenzi lo scostamento, sia pur preventivo, dagli obiettivi prefissati, determini modifiche migliorative dei processi attuativi degli strumenti di programmazione.

Ma in tale prospettiva possono leggersi anche ulteriori figure giuridiche riconducibili ai modelli di programmazione negoziata e che costituiscono strumenti specifici per l’utilizzo proficuo delle risorse pubbliche e l’attuazione di obiettivi di sviluppo socio-economico e territoriale.

5. *Patti territoriali e obiettivi di sviluppo locale: implicanze delle problematiche*

Delineato lo schema teorico di riferimento, l’analisi giuridica prosegue nella direzione delle declinazioni ulteriori della programmazione negoziata.

Vengono in rilievo, *in limine*, i patti territoriali⁹³, ricondotti nell’alveo degli strumenti di programmazione negoziata alla stregua della richiamata l. n. 662/1996.

Per vero, le prime sperimentazioni in materia muovono da iniziative di respiro sovranazionale volte a contrastare la disoccupazione e a garantire il proficuo impiego dei Fondi strutturali previsti dal Trattato sull’Unione europea in materia di occupazione a livello regionale e locale.

Nell’ordinamento la nozione di “patto territoriale” trova disciplina positiva già nella l. 8 agosto 1995, n. 431 che ascrive l’istituto alla pro-

⁹³ In generale sui patti territoriali cfr. M. ANNESI, *I «patti territoriali»*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 1996, 679 ss.; ID., *La nuova organizzazione di governo preposta all’azione per le aree depresse*, ivi, 1998, 483 ss.; G.P. MANZELLA, *Patti territoriali: vicende di un istituto di programmazione negoziata*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 1997, 789 ss. e ivi le riflessioni di R. GALLIA, *La nuova disciplina della «Programmazione negoziata»*, 9 ss.

grammazione negoziata⁹⁴. Nella specie, l'art. 8 di tale normativa⁹⁵ ha definito il patto territoriale come l'accordo tra soggetti pubblici e privati per la realizzazione coordinata di interventi di natura diversa finalizzati alla promozione dello sviluppo locale nelle *aree depresse* del territorio nazionale.

Il che implica che i patti territoriali debbano essere intesi espressione di partenariato sociale, in virtù del fatto che il contenuto dell'accordo costituisce il risultato della partecipazione e del coordinamento delle parti sociali presenti sul territorio⁹⁶. Essi, dunque, si differenziano dagli accordi di programma non solo perché possono essere promossi sia da soggetti pubblici sia privati⁹⁷, ma anche in ragione della maggiore specificità degli obiettivi diretti alla promozione dello sviluppo locale compatibili con la valorizzazione sostenibile del territorio⁹⁸.

La rilevanza dell'accordo tra le parti, tuttavia, induce ad inquadrare tali strumenti di programmazione negoziata nell'ambito degli accordi *ex art.* 11, l. n. 241/1990⁹⁹ che, per il rinvio disposto dal comma 2 dello stesso articolo ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, acquistano una sorta di "forza di legge tra le parti"¹⁰⁰. E, di poi, la

⁹⁴ Pare opportuno evidenziare che una siffatta forma di negoziazione del contenuto dell'attività conformativa del territorio derivi dalla disciplina per lo sviluppo del Mezzogiorno di cui all'art. 7, legge 1° marzo 1986, n. 64, che, tuttavia, riservava l'intervento negoziato ai soli soggetti pubblici al fine di localizzare sul territorio opere infrastrutturali di interesse statale, anche in deroga agli strumenti urbanistici. Successivamente, il decreto-legge 1° febbraio 1988, n. 19, convertito in legge 28 marzo 1988, n. 99 ha previsto la possibilità di ricorrere all'istituto della programmazione negoziata, da attuare mediante accordo di programma che, in tal caso, costituiva *ipso iure* variante ai piani urbanistici interessati dagli interventi da attuare, anche per attività di concertazione tra soggetti pubblici e privati.

⁹⁵ Poi trasfuso nella l. n. 662/1996.

⁹⁶ Sul tema si vedano le riflessioni di L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *www.nuoveautonomie.it*, 2021, 551 ss.

⁹⁷ Cfr. punto 2.3. della delibera CIPE del 21 marzo 1997.

⁹⁸ Così recita espressamente il punto 2.1. della richiamata delibera CIPE del 1997. Sul tema cfr. già A. POLICE, *I patti territoriali: un nuovo modello convenzionale per le amministrazioni locali*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di Varenna, Milano, 1997, 429 ss.

⁹⁹ F. TIGANO, *Determinazioni di revoca dei finanziamenti pubblici in materia di patti territoriali e tutela giurisdizionale*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2018, 71 ss., 75.

¹⁰⁰ In proposito il giudice amministrativo ha osservato che «con gli strumenti della programmazione negoziata previsti dall'art. 2, commi 203 e ss. della legge 662/1996

delibera CIPE del 21 marzo 1997 che, ridisegnando la figura preesistente definita dalla determinazione CIPE del 1995, definisce il patto territoriale come lo strumento volto a realizzare l'accordo tra diversi attori locali per l'attuazione di un programma di interventi tra loro integrati nei settori dell'industria, dei servizi, dell'agricoltura, della pesca e dell'apparato infrastrutturale, che assume valore giuridico vincolante tra le parti contraenti.

V'è, dunque, nell'ordinamento l'esigenza di fornire un modello ordinario di intervento per lo sviluppo delle aree depresse (soprattutto nei territori del mezzogiorno), alternativo a quelli tradizionali di natura straordinaria, in grado di favorire il ricorso al più tradizionale metodo della *concertazione* tra i diversi attori sociali della comunità di riferimento¹⁰¹. In questa prospettiva sono da leggere, allora, le successive evoluzioni dell'istituto¹⁰².

Sul versante della struttura "obbligatoria" dell'accordo¹⁰³, invece, si

l'amministrazione assume – in relazione paritaria e sinallagmatica con le obbligazioni del privato in tema di risorse economiche impiegate, infrastrutture realizzate e posti di lavoro creati – vere e proprie *obbligazioni ad oggetto pubblico*, con l'impegno vincolante (oltre che a finanziare e/o realizzare gli interventi) ad esercitare nei tempi e modi concordati i propri poteri pubblicistici autorizzatori». Cfr. Tar Puglia, Bari, sez. II, 1° marzo 2001, n. 1533.

¹⁰¹ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*, cit., 42-44, evidenzia che è in questo elemento che va rintracciata la diversità del patto territoriale rispetto ai precedenti mezzi di intervento. Secondo l'A., infatti, con tale strumento si afferma un modello di sviluppo di tipo ascendente, che «vede la sua origine nelle esigenze concrete di uno specifico territorio e si pone precisi obiettivi di incremento del tessuto produttivo locale». Sicché, alla base del patto territoriale vi è la convinzione di dover abbandonare il precedente sistema, incentrato su interventi di ambito troppo ampio e con una offerta di risorse pubbliche non mirate (ed in quanto tali piuttosto indifferente circa la localizzazione degli interventi) e caratterizzato da un minimo – e talvolta nullo – grado di efficacia.

¹⁰² Dal punto di vista funzionale, l'impiego del patto territoriale non risulta limitato allo sviluppo, nelle aree depresse, dei tradizionali settori della grande industria, bensì esteso anche ad altri comparti di rilevante interesse per lo sviluppo e la valorizzazione delle realtà locali e territoriali, e tra questi l'agroindustria, i servizi pubblici e il turismo, ma anche la formazione e l'occupazione. Una sorta di "incubatore" di capitale territoriale volto ad attivare sinergicamente le diverse componenti del patrimonio locale – dalle risorse materiali e immateriali alle competenze diffuse, dalle reti sociali consolidate alle vocazioni produttive emergenti – trasformandole in fattori dinamici di sviluppo *sostenibile*.

¹⁰³ Il patto, infatti, si fonda su un accordo che scaturisce da una procedura negoziata di estensione subregionale, alla quale possono partecipare enti locali, parti sociali e altri soggetti sia pubblici, sia privati. Sul versante contenutistico, il patto territoriale presenta una marcata variabilità, determinata da diversi fattori che ne condizionano la struttura concreta: l'assetto territoriale, il numero e la tipologia dei soggetti coinvolti, l'impatto

può evidenziare che gli obblighi definiti dalla richiamata delibera CIPE del 1997 e che le parti sono tenute ad assumere con la sottoscrizione del patto paiono tali da garantire l'effettiva realizzazione degli obiettivi prefissati nella prospettiva del risultato, tenendo conto dei profili di compatibilità degli interventi con i propositi europei di sostenibilità ambientale in modo da assicurare uno sviluppo locale coerente rispetto alle caratteristiche di ciascun territorio e comunità di riferimento.

Tuttavia, se quelle appena menzionate rappresentano le proprietà specifiche di uno strumento giuridico che mantiene tuttora centralità nelle politiche di sviluppo territoriale e nel novero di strumenti per l'utilizzo razionale delle risorse pubbliche¹⁰⁴; altrettanto significative risultano le problematiche che emergono in relazione alla effettiva concertazione e partecipazione dei soggetti interessati che, pur prefigurando condizione necessaria per l'erogazione dei fondi pubblici, risulta sovente vanificata dalla "concentrazione" della volontà decisionale in capo a pochi operatori pubblici e privati, così sterilizzando la funzione "corale" e inclusiva di tale sistema di conformazione del territorio.

delle opere e degli interventi previsti sul territorio, che contribuiscono a definire caso per caso gli elementi specifici dell'accordo. Una siffatta flessibilità consente, del resto, di adattare lo strumento giuridico in oggetto alle diverse esigenze territoriali, ma richiede, al contempo, una precisa definizione degli adempimenti, delle modalità attuative e dei soggetti responsabili delle decisioni. Dal punto di vista procedurale, invece, l'accordo deve specificare gli adempimenti che incombono su ciascun soggetto, inclusi quelli relativi alla realizzazione delle infrastrutture, e deve individuare le modalità di semplificazione amministrativa – anche attraverso la previsione di deroghe agli strumenti di regolazione vigenti (come quelli urbanistici), salvo le norme in materia di valutazione di impatto ambientale che restano obbligatorie al fine di assicurare l'esecuzione ecologico-sostenibile degli interventi, nonché quelle in materia di procedure ad evidenza pubblica – necessarie a garantire la celere attuazione. La definizione dei termini e l'identificazione dei soggetti legittimati a esprimere con carattere definitivo la propria volontà rappresentano elementi essenziali per l'efficacia dello strumento che, tuttavia, resta subordinata alla verifica del nesso di strumentalità fra il patto territoriale e l'attuazione del complesso di interventi caratterizzato da specifici obiettivi di promozione dello sviluppo locale, che costituisce l'elemento alla stregua del quale valutare in concreto l'ammissibilità del patto territoriale.

¹⁰⁴ Attraverso tale modello di amministrazione concertata, infatti, si è resa manifesta la volontà legislativa di trascendere i moduli tradizionali di realizzazione di infrastrutture ed opere pubbliche sul territorio sovente finì a sé stesse, per accreditare uno strumento operativo nel quale la spesa pubblica diviene ammissibile se ed in quanto sussiste un nesso di funzionalizzazione fra la stessa e le ragioni del territorio interessato.

Del resto, è nella stessa legislazione europea che si catalizza l'attenzione sulla necessità che gli strumenti di programmazione negoziata, tra cui i patti territoriali, siano caratterizzati dalla integrazione dei diversi attori pubblici e privati – anche esponenti di minoranze di lavoratori o gruppi sociali e transfrontalieri – e dei rispettivi interventi, che devono confluire nell'ambito di un piano di azione rappresentativo dell'intero ambito territoriale¹⁰⁵.

La recente tendenza verso la “ristrutturazione” di strumenti negoziali di sviluppo territoriale ha determinato una significativa evoluzione dell'assetto normativo di riferimento, orientato alla razionalizzazione delle procedure e alla riduzione della complessità burocratica che caratterizza(va) tradizionalmente l'esecuzione degli accordi tra le parti, soprattutto con riferimento alla erogazione e gestione delle sovvenzioni economiche.

Rilevante al riguardo è l'art. 28 del d.l. n. 34/2019 (c.d. decreto Crescita)¹⁰⁶ che ha delineato un procedimento semplificato funzionalizzato alla definizione dei procedimenti relativi alle agevolazioni concesse nell'ambito dei patti territoriali (e dei contratti d'area).

Il *novum* più rilevante introdotto dalla riforma attiene alla disciplina delle risorse residue dei patti territoriali, con riferimento alle quali il richiamato art. 28, co. 3 dispone la destinazione specifica al finanziamento di progetti di sviluppo del tessuto imprenditoriale territoriale, anche mediante la sperimentazione di servizi innovativi e di supporto delle imprese¹⁰⁷.

Una previsione siffatta ha implicato un cambio di paradigma nella concezione stessa dei modelli di programmazione negoziata, e in particolare dei patti territoriali, che da strumenti di finanziamento tradizionale sembrano trasformarsi in “piattaforme funzionali” preordinate alla sperimentazione di figure giuridiche innovative di supporto al sistema imprenditoriale locale, in una logica che guarda alla continuità e all'adat-

¹⁰⁵ Si veda, in particolare, il regolamento 2021/1059/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio recante disposizioni specifiche in materia di «Cooperazione territoriale europea» (Interreg) sostenuto dal Fondo europeo di sviluppo regionale e dagli strumenti di finanziamento esterno.

¹⁰⁶ Convertito in legge 28 giugno 2019, n. 58.

¹⁰⁷ L'attuazione di tale previsione è stata successivamente definita dal decreto interministeriale del 30 novembre 2020, adottato dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano.

tamento dell'intervento pubblico e che riflette l'evoluzione delle esigenze del tessuto economico territoriale.

Come si è evidenziato, la progressiva *ibridazione* di moduli pubblicistici e privatistici per l'esercizio delle funzioni amministrative rintraccia nei patti territoriali una delle sue manifestazioni più semplificative.

Tale fenomeno si è tradotto nell'apprestamento di soluzioni giuridiche e tecniche preordinate alla programmazione strategica e negoziata di interventi di tipo produttivo, promozionale, infrastrutturale, e – non da ultimo – formativo e occupazionale sul territorio.

Ed è da tale ultima declinazione dell'intervento pubblico per mezzo di strumenti di programmazione negoziata che emerge il profilo che appare di maggiore attualità.

6. *I patti territoriali per lo sviluppo della formazione e dell'occupazione territoriale: la centralità delle Università nello sviluppo culturale e sociale*

Gli strumenti di programmazione negoziata tra enti pubblici e attori privati si sono arricchiti di ulteriori moduli aggregativi – *sub specie* di patti o accordi tra Università o enti di ricerca e formazione – già oggetto di previsione nella legge 30 dicembre 2010, n. 240 sotto la diversa denominazione di “federazioni”¹⁰⁸. La funzione è quella di incentivare la formazione trasversale e interdisciplinare attraverso la sperimentazione, in sinergia con le forze produttive e gli *stakeholders* del territorio di riferimento, di profili professionali innovativi necessari allo sviluppo delle potenzialità e della competitività dei settori e delle filiere produttive nelle quali si registra una carente corrispondenza tra domanda e offerta di lavoro¹⁰⁹.

Infatti, i patti territoriali si configurano quali accordi strategici volti a rafforzare la complementarietà tra il sistema formativo, le istituzioni pubbliche e il tessuto produttivo locale, così da individuare risposte efficaci ai fabbisogni di competenze espressi dal mercato del lavoro¹¹⁰. Tale

¹⁰⁸ Cfr. art. 3, l. n. 240/2010 recante la disciplina in materia di «Federazione e fusione di atenei e razionalizzazione dell'offerta formativa».

¹⁰⁹ Sui cui cfr. già B. STANISCA, *L'Europa dello sviluppo locale. I patti territoriali per l'occupazione in una prospettiva comparata*, Roma, 2003, 42 ss.

¹¹⁰ Sembra allora che tali strumenti assolvano anche ad una funzione di definizione di misure pubbliche di avviamento all'occupazione. Il tema è stato ampiamente indagato in dottrina. Cfr., per quel che qui rileva, U. COLETTA, *Collocamento dei lavoratori* (disciplina

dinamica sembra assumere maggiore rilievo nel contesto dell'*economia della conoscenza* ove la capacità di generare, trasferire e applicare conoscenze e competenze avanzate costituisce un fattore rilevante per lo sviluppo territoriale.

Sul versante del diritto positivo, i patti territoriali per la formazione interdisciplinare hanno trovato definizione con l'introduzione dell'art. 14-*bis* del d.l. 6 novembre 2021, n. 152¹¹¹, istitutivo della misura finanziaria "Patti territoriali dell'alta formazione delle imprese", che ha prefigurato un nuovo paradigma di collaborazione tra Università, imprese e territori, finalizzato, come si è detto, alla formazione di professionalità innovative per lo sviluppo delle potenzialità locali.

La *ratio* sottesa al rinnovato assetto normativo pare risiedere nella consapevolezza che la transizione verso modelli economici incentrati sull'innovazione e la sostenibilità richieda un profondo rinnovamento delle competenze disponibili sul mercato del lavoro, attraverso il ricorso

del) voce, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, 432 ss.; A. FERRARI, *Organizzazione amministrativa del lavoro*, Roma, 1973, *passim*; A. NATALINI, *La formazione professionale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 1269 ss.; A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel welfare state*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 ss.; A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 2020, 807 ss.; B.G. MATTARELLA, *Lavoro* voce, in *Enc. dir., I tematici – Funzioni amministrative*, vol. III, Milano, 2022, 725 ss.; R. CIFARELLI, *Le misure di carattere sociale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 203 ss.; F. NARDELLI, *Il Supporto per la formazione e il lavoro. Prime riflessioni sullo strumento introdotto dal c.d. Decreto lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2023, 884 ss.; A. SCIALDONE, *Realizzazione dell'interesse generale e coinvolgimento attivo degli Enti del terzo settore: un'introduzione ai problemi dell'amministrazione condivisa*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2023, 1 ss.

¹¹¹ Cfr., in particolare, l'art. 28 del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50, conv. in legge 15 luglio 2022, n. 91 che nel corpo del richiamato d.l. n. 152/2021, conv. con modificazioni in legge 29 dicembre 2021, n. 233, ha introdotto l'art. 14-*bis* ove si prevede che «al fine di promuovere l'interdisciplinarietà dei corsi di studio e la formazione di profili professionali innovativi e altamente specializzati in grado di soddisfare i fabbisogni espressi dal mondo del lavoro e dalle filiere produttive nazionali, nonché di migliorare e ampliare l'offerta formativa universitaria anche attraverso la sua integrazione con le correlate attività di ricerca, sviluppo e innovazione, alle università che promuovono, nell'ambito della propria autonomia, la stipulazione di "Patti territoriali per l'alta formazione per le imprese", con imprese ovvero enti o istituzioni di ricerca pubblici o privati, nonché con altre università, pubbliche amministrazioni e società pubbliche, è attribuito, per gli anni dal 2022 al 2025, un contributo complessivo, a titolo di cofinanziamento, di euro 290 milioni, di cui 20 milioni di euro nel 2022 e 90 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2023 al 2025».

a modelli interdisciplinari¹¹² che integrino una pluralità di competenze. Le istituzioni Universitarie assumono un ruolo centrale quali *catalizzatori* di processi di sviluppo territoriale per la formazione di “capitale umano” qualificato¹¹³ e il trasferimento delle competenze tecnologiche verso il sistema produttivo¹¹⁴.

Dal punto di vista strutturale, i patti territoriali per l’alta formazione prevedono la definizione di obiettivi strategici condivisi, la programmazione di interventi formativi coordinati, l’attivazione di meccanismi di trasferimento tecnologico e l’individuazione di sistemi di monitoraggio e valutazione delle *performance*, la cui efficacia dipende, in larga misura, dall’attitudine dei soggetti pubblici e privati che vi partecipano a definire una *governance* idonea a bilanciare le diverse istanze sociali e a garantire la sostenibilità delle iniziative intraprese¹¹⁵.

¹¹² Infatti, la norma di riferimento (cfr. art. 14-*bis*, cit., nota 108) pone particolare enfasi sulla necessaria integrazione tra le discipline c.d. STEM (*Science, Technology, Engineering and Mathematics*) e quelle di carattere sociale ed umanistico.

¹¹³ Sul tema cfr. G. DELLA CANANEA, *Il diritto nello spazio europeo della ricerca*, in F. ASTONE – F. MANGANARO – R. ROLLI – F. SAIITA (a cura di), *L’intervento pubblico nella ricerca scientifica*, Atti del XXIII Convegno di Copanello, Napoli, 2020, 23 ss. e ivi anche le riflessioni di W. GIULIETTI, *Partecipazioni societarie delle Università*, 85 ss. e di G. ARMANO, *L’intervento pubblico nella ricerca scientifica. le vicende di un diritto sociale in un paese diviso nella prospettiva della coesione e della specializzazione intelligente: il caso della regione siciliana*, 105 ss.

¹¹⁴ In questo senso cfr. le recenti riflessioni di M. COCCONI, *Le riforme dell’istruzione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2022, 63 ss.

¹¹⁵ Con riferimento alla strutturazione della governance, l’art. 28, d.l. n. 50/2022 prevede anzitutto l’indicazione dei presupposti preordinati alla individuazione, tra le diverse Università, dell’istituzione chiamata ad assumerne la leadership, e cioè il numero di laureati rispetto alla popolazione residente nella regione interessata, il tasso di occupazione dei laureati a tre anni dalla laurea, la permanenza degli studenti nell’Università dove è stato intrapreso l’inizio del percorso di studi. La *ratio* della disposizione è quella di “premiare” gli Atenei in grado di “trattenere” la migrazione degli studenti che si dirigono verso altre Università per il completamento del percorso di studi specialistico o *post-lauream*. Trattasi, dunque, di una valutazione qualitativa e non meramente quantitativa, tesa a depurare il profilo numerico in ragione della capacità dell’Ateneo di programmare una offerta formativa effettivamente coerente con le istanze del territorio e delle imprese. L’articolazione organizzativa può inoltre prevedere un organo collegiale presieduto dal rettore dell’Università capofila (o da un suo delegato) con poteri di direzione, controllo e convocazione dell’organo e composto – proporzionalmente – da altri componenti designati dagli altri Atenei e dagli altri soggetti pubblici o privati che sottoscrivano il patto. La norma prevede altresì la possibilità di costituire federazioni tra Dipartimenti, del medesimo o di altro Ateneo, al fine di sviluppare iniziative progettuali settoriali.

Prova ne è il c.d. Patto territoriale tra le Università pugliesi.

La *governance* del Patto pugliese¹¹⁶ si incentra su una organizzazione “flessibile” che riflette specificamente i principi della programmazione negoziata (partecipazione di tutti i soggetti coinvolti nei processi decisionali e coordinamento delle diverse iniziative progettuali). La flessibilità del modello organizzativo consente, tuttavia, di adattare le forme di collaborazione alle specificità delle diverse iniziative di sviluppo locale, pur nella coerenza complessiva della strategia progettuale.

L'aspetto più innovativo dell'accordo risiede nell'integrazione di competenze e risorse diverse attraverso un approccio sistemico allo sviluppo territoriale. La collaborazione tra Università con vocazioni e indirizzi formativi diversificati pare generare sinergie che non sarebbero altrimenti raggiungibili per mezzo di azioni isolate. Uno schema siffatto dovrebbe tradurre in termini concreti l'opportunità di offrire un'offerta formativa diversificata e innovativa, di ottimizzare l'utilizzo delle risorse disponibili e di indirizzare i percorsi formativi in modo adeguato rispetto alle istanze occupazionali del territorio.

La dimensione territoriale sembrerebbe ulteriormente rafforzata dal coinvolgimento attivo dell'intero sistema produttivo regionale¹¹⁷. Tale partecipazione, tra l'altro, non è limitata alla fase di definizione degli obiettivi formativi, ma risulta estesa all'attività di progettazione dei percorsi didat-

¹¹⁶ Il “patto territoriale sistema universitario pugliese” coinvolge i cinque atenei della regione – Università degli Studi di Bari Aldo Moro, Politecnico di Bari, Università di Foggia, Università del Salento e Università LUM – Giuseppe Degennaro – nell'ambito di un progetto integrato di rafforzamento dell'offerta formativa nelle discipline STEM e di promozione della transizione digitale ed ecologica del sistema produttivo regionale. La governance del patto territoriale in esame prevede specificamente la costituzione di un organo collegiale composto da rappresentanti di tutti gli atenei partecipanti e un comitato di gestione con funzioni operative.

¹¹⁷ L'accordo prevede, infatti, la partecipazione di oltre cento *stakeholder* tra imprese, enti e associazioni che partecipano a vario titolo alle iniziative progettuali. Si osserva, allora, che l'impatto atteso del patto pugliese sembra porsi oltre la dimensione meramente quantitativa dell'incremento di soggetti laureati in discipline STEM, estendendosi alla qualità dell'offerta formativa, al rafforzamento della capacità di attrazione degli Atenei pugliesi nei confronti di studenti provenienti da altre regioni e dall'intera area mediterranea, nonché alla promozione di processi di trasferimento tecnologico e creazione d'impresa. La sostenibilità del patto pugliese pare essere garantita da taluni fattori rilevanti, tra cui l'integrazione con le strategie di sviluppo regionale, il coinvolgimento attivo del sistema produttivo, la diversificazione delle fonti di finanziamento e l'implementazione di competenze e infrastrutture che possono generare benefici duraturi nel tempo.

tici, all'erogazione di contenuti specialistici, alla definizione di esperienze formative extra-didattiche, alla valutazione dei risultati e all'orientamento successivo verso le diverse opportunità occupazionali, così da garantire la stretta interconnessione tra le competenze sviluppate e i fabbisogni del mercato del lavoro.

La programmazione negoziata in ambito formativo, dunque, non si esaurisce in un mero strumento di definizione degli obiettivi, ma si sviluppa in un procedimento interattivo di co-progettazione delle iniziative formative con il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati¹¹⁸. L'idoneità a mantenere una *governance* partecipata e inclusiva nel corso dell'intero processo di esecuzione dell'accordo costituisce, invero, uno dei principali "fattori di successo" dei patti territoriali, in quanto consente di preservare l'allineamento tra gli obiettivi formativi e le dinamiche evolutive del contesto socio-economico di riferimento.

La dimensione procedimentale assume, allora, una rilevanza particolare, poiché consente di adattare progressivamente le strategie formative alle trasformazioni del mercato del lavoro e alle nuove esigenze competitive delle imprese, garantendo al contempo la sostenibilità nel lungo periodo delle iniziative intraprese. L'efficacia del modello dipende, pertanto, non soltanto dalla qualità della progettazione iniziale, ma anche dalla capacità di sviluppare meccanismi di *feedback* e di correzione che permettano di intercettare tempestivamente le variazioni del contesto e di adeguare, di conseguenza, l'offerta formativa alla realtà modificata.

Tale approccio dinamico e adattivo rappresenta una delle principali innovazioni introdotte dai patti territoriali rispetto ai tradizionali modelli di programmazione dell'offerta scientifico-formativa, contraddistinti da una maggiore rigidità e da una minore capacità di risposta alle sollecitazioni provenienti dal tessuto produttivo. L'integrazione sistemica delle competenze e delle risorse disponibili sul territorio potrebbe consentire di superare i limiti connessi alla frammentazione delle iniziative pubbliche (nel settore dell'alta formazione), sovente caratterizzate da un approccio settoriale che non favorisce la creazione di sinergie e la condivisione di *best practices* tra i diversi ambiti disciplinari e professionali.

¹¹⁸ Sul tema si vedano le riflessioni di V. MANZETTI, *La co-programmazione e la co-progettazione tra PA e enti del Terzo settore: dal ritrovarsi nel mezzo del cammin per una selva oscura, che la diritta via era smarrita [...] ai raggi del "nuovo" pianeta dei Contratti pubblici*, in www.nuoveautonomie.it, 2023, 603 ss.

7. *Profili riassuntivi*

Può dirsi, muovendo dalle riflessioni sin qui svolte, che dall'analisi dei più recenti modelli di programmazione "condivisa"¹¹⁹ può cogliersi una metamorfosi dell'identità degli strumenti di concertazione e, conseguentemente, di una parte assai rilevante dell'attività amministrativa, al fine di coordinare competenze e risorse quale risposta alla complessità delle istanze sociali.

Gli strumenti consensuali più recenti non rappresentano semplicemente tecniche alternative ai classici strumenti autoritativi; essi esprimono piuttosto l'idea di un rapporto profondamente diverso tra pubbliche Amministrazioni, incentrato sulla valorizzazione delle istanze sociali, delle specificità territoriali e delle risorse locali².

La definizione di obiettivi condivisi e misurabili, corredata da meccanismi di monitoraggio *in itinere*, ha consentito allora di trasformare la programmazione da strumento di predeterminazione formale dell'*agere* pubblico in modelli articolati e dinamici preordinati ad orientare l'attività amministrativa condivisa verso obiettivi di benessere collettivo¹²⁰, ai fini di quella che può definirsi una consapevolezza "a priori" degli effetti dell'azione amministrativa.

¹¹⁹ Il riferimento – al netto delle possibili differenze che parte della riflessione giuridica individua tra i modelli di amministrazione consensuale (quelli propriamente per accordi o per negozi giuridici) e quelli di amministrazione condivisa, su cui cfr. già G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1997, 29 ss. – pare invece evocativo delle trasformazioni più attuali degli strumenti di programmazione negoziata. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. ARENA – M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Trento, 2022, 21 ss., rileva, infatti, che la caratteristica più evidente in tale modello di "fare amministrazione" è il mutamento della posizione del terzo, cioè di colui che si confronta, contratta, negozia, propone: la controparte dell'amministrazione. La posizione del terzo non è più la posizione di colui che difende soltanto interessi propri, ma di colui che partecipa, collabora, nell'elaborazione, in concreto, dell'interesse pubblico; sicché, l'interesse del terzo non è più, come nei modelli dell'amministrazione tradizionale, solo un interesse di natura economicopatrimoniale o comunque di difesa legittima di posizioni individuali, ma concorre alla determinazione del c.d. interesse pubblico concreto. Sul tema cfr., altresì, B.L. BOSCHETTI – N. BERTI – G. MACDONALD, *L'amministrazione condivisa tra modelli normativi e operativi*, in B.L. BOSCHETTI (a cura di), *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa, primi risultati di una ricerca multidisciplinare*, Napoli, 2024, 61 ss.

¹²⁰ Cfr. le riflessioni di E. FREDIANI, *La coprogettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021, 50 ss.

Una prospettiva siffatta è stata accelerata dal processo di integrazione (normativa, istituzionale e amministrativa) tra la dimensione nazionale e quella europea in materia di programmazione, che ha determinato una significativa evoluzione degli strumenti di coordinamento amministrativo nel senso della armonizzazione e razionalizzazione delle politiche di sviluppo locale.

L'approccio c.d. *place-based*, promosso nell'ambito delle politiche di coesione, ha trovato in taluni modelli di amministrazione per accordi – tra cui i patti territoriali che sono stati analizzati – una traduzione operativa particolarmente efficace. Questa tendenza segna il transito verso una nuova concezione di amministrazione condivisa: una sorta di categoria giuridico-formale volta a caratterizzare l'attività amministrativa, diventandone fonte, attraverso l'utilizzo della clausola generale dell'accordo quale parametro di valutazione della c.d. "allocazione efficiente delle risorse".

L'analisi di talune esperienze attuative ha rivelato, tuttavia, che la "flessibilità strutturale"¹²¹ degli strumenti di programmazione negoziata ne costituisce, al contempo, il principale punto di forza e il maggiore elemento di criticità¹²². Se da un lato l'attitudine di tali modelli ad adattare procedure e contenuti alle specificità dei singoli contesti di applicazione rappresenta un vantaggio significativo rispetto agli strumenti tradizionali di programmazione, consentendo di dare risposta alle esigenze della "comunità" con maggiore tempestività ed efficacia e di verificare se le Amministrazioni, attraverso l'accordo, abbiano prodotto una utilità sociale maggiore del costo complessivo che questa stessa azione comporta¹²³; dall'altro, sembra necessitare di una *governance* idonea a gestire la complessità delle diversificate specificità territoriali e a garantire, al contempo, il rispetto dei principi che informano l'attività amministrativa anche di natura consensuale¹²⁴.

Nondimeno, la sperimentazione di forme "nuove" di patti territoriali in settori caratterizzati da elevato tecnicismo, come quello della formazione e della ricerca nella prospettiva estesa all'occupazione, evidenzia l'ido-

¹²¹ Secondo la ricostruzione di N. BASSI, *Una giusta dose di flessibilità nell'applicazione degli istituti della consensualità amministrativa*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 428 ss.

¹²² Cfr. A. CARIOLA, *I patti territoriali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, 311 ss.

¹²³ A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e Amministrazione di risultato*, cit., 240.

¹²⁴ In questo senso cfr. già R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi* voce, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 554 ss.; nonché, V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. n. 15/2005 recante modifiche e integrazione alla l. n. 241/90)*, in *www.astridonline.it*, 2005, 1 ss.

neità di tali figure giuridiche ad avvantaggiarsi di meccanismi innovativi e a trovare applicazione in diversificati settori di vita pubblica.

L'integrazione tra istituzioni universitarie, sistema produttivo e territorio configura una modalità innovativa di esercizio delle funzioni amministrative in materia di formazione, orientata allo sviluppo di una sorta di "ecosistema territoriale dell'innovazione". La dimensione interdisciplinare degli accordi (*sub-specie* di patti territoriali) testimonia la consapevolezza della necessità di superare le tradizionali segmentazioni settoriali per affrontare i processi di transizione orientati allo sviluppo digitale, sostenibile ed ecologico della società contemporanea.

Emerge, in questo senso, l'orientamento della funzione di programmazione verso il risultato amministrativo, quale *innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa*¹²⁵. E del resto la rilevanza del risultato e della relativa attività amministrativa di programmazione condivisa costituiscono importanti chiavi di lettura degli interventi normativi in materia.

Il rinnovato protagonismo della dimensione programmatoria territoriale non ripercorre strade già esplorate, ma si iscrive in una cornice socio-istituzionale in cui la previsione e la gestione anticipata del rischio amministrativo¹²⁶, unitamente alla programmazione di comportamenti futuribili attraverso meccanismi di predeterminazione normativa, assumono una centralità sistemica che trascende la mera tecnica amministrativa per assurgere a principi fondanti dell'architettura dell'intervento pubblico, in settori, per l'addietro, oggetto di scelte "isolate" di Amministrazioni pure accomunate dal perseguimento di finalità pubbliche identiche e non sovrapponibili per il solo limite territoriale.

Le implicazioni di una siffatta evoluzione sembrano dilatare la dimensione meramente procedimentale per investire i fondamenti stessi della legittimazione democratica dell'*agere* pubblico¹²⁷. In tal guisa, gli strumenti di programmazione negoziata in determinati settori si configurano quali modelli di "co-costruzione" del soddisfacimento di obiettivi comuni, che postulano forme nuove di *accountability* e di condivisione tra Amministrazioni e cittadini.

¹²⁵ In termini, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* voce, cit., 10.

¹²⁶ M. CLARICH, *Il nucleare e i rischi regolatori ("atomici")*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 685 ss., 687.

¹²⁷ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, cit., 23; nonché, sempre sul tema della democrazia partecipativa, E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. soc.*, 2016, 495 ss.

Abstract

Il contributo analizza l'evoluzione degli strumenti di programmazione negoziata nell'ordinamento amministrativo, con particolare riferimento alle *figure iuris* degli accordi di programma e dei patti territoriali.

Premesse brevi note sul superamento della programmazione c.d. autoritativa e sulle trasformazioni del rapporto autorità-libertà, la riflessione approfondisce la disciplina giuridica dell'*amministrazione per accordi* nel contesto giuridico multilivello.

L'analisi delle recenti innovazioni normative in materia di patti territoriali e di talune, e significative, esperienze applicative, evidenzia come tali strumenti rappresentino una risposta efficace alle sfide poste dalle più attuali "rivoluzioni" che investono il diritto e la società contemporanea, nella prospettiva di favorire – nell'ottica di quello che viene definito risultato amministrativo – il perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile dei territori e delle relative comunità.

Inter-institutional strategic planning and consensual approach to territorial development

This paper analyzes the evolution of negotiated programming instruments within the multilevel administrative legal order, regarding the *legal figures* of program agreements and territorial pacts.

Following brief preliminary observations on the superseding of so-called authoritative programming and the transformations in the authority-liberty relationship, the reflection examines in depth the legal discipline of *administration by agreement* within the European, national, and regional legal context.

The analysis of recent normative innovations concerning territorial pacts and certain significant practical experiences demonstrates how such instruments represent an effective response to the challenges posed by the most current "revolutions" affecting law and contemporary society, with a view to promoting – in the perspective of what is defined as administrative outcome – the pursuit of sustainable development objectives for territories and their respective communities.

Análisis comparativo de las autoridades administrativas independientes en Italia y Argentina. El caso de la autoridad garante de la protección de datos personales

di María Eugenia Páez*

SOMMARIO: 1. – Introducción. – 2. – Las autoridades administrativas independientes en Italia. 2.1. – El fundamento constitucional de las autoridades independientes. 2.2. – Herramientas para garantizar su independencia. 3. – Autoridades administrativas independientes en Argentina. 4. – Análisis comparativo de la autoridad garante de la protección de datos personales en Argentina e Italia. 4.1. – La influencia de la forma de gobierno: sistema (hiper)presidencialista vs. sistema parlamentario. 4.2. – Fundamento constitucional y objetivo de creación. 4.3. – Procedimientos de designación y remoción de los miembros de la autoridad garante. 4.4. – Poder cuasi jurisdiccional y control de los actos de la autoridad. 4.5. – Autonomía organizativa y financiera. 5. – Conclusiones.

1. *Introducción*

En Argentina, en las últimas décadas la Constitución Nacional y el Congreso de la Nación han creado ciertos entes que, por sus características propias, no encuadran en las dos categorías clásicas del modelo de organización administrativa argentino: entes autárquicos y no autárquicos.

Los entes autárquicos son aquellos que integran la administración pública descentralizada, persiguen fines públicos específicos y se caracterizan por tener personalidad jurídica propia. Dichos entes mantienen con el Poder Ejecutivo (Presidente de la Nación, sus Ministros u órganos inferiores) una relación de tutela o control administrativo que, si bien no es intensa como la jerarquía, permite a la administración central dar a los entes directivas generales de actuación, revisar las decisiones de sus máximas autoridades, e intervenirlos en casos extremos. Por su parte, los entes no autárquicos también integran la administración pública descentralizada y persiguen fines comerciales o industriales. Son las llamadas empresas y sociedades del Estado.

* Esprimo un sentito ringraziamento ai Professori MARIO SPASIANO e MARCO CALABRÒ per il prezioso supporto e la costante guida assicurati nel corso delle mie attività di ricerca.

De este modo, comenzó a hablarse de una nueva categoría de entes en el marco de la administración pública descentralizada: los entes autónomos o independientes. Algunos autores los consideran autoridades administrativas independientes, inspirados en el derecho continental europeo y norteamericano. Sin embargo, si bien es claro que la Constitución Nacional crea determinadas autoridades independientes o autónomas, aún no existe una posición unívoca en cuanto a cuáles son dichas autoridades, si pueden ser creadas mediante ley del Congreso, si pueden ser creadas en el ámbito de la administración pública, si deben constituir un organismo “extrapoder”, o cuál debe ser el alcance de sus potestades.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis comparativo de los entes autónomos o independientes en los modelos de organización administrativa de Argentina e Italia, a fin de extraer de la experiencia italiana nuevas ideas y propuestas para el sistema argentino. Ello necesariamente nos conduce a examinar el instituto de las autoridades administrativas independientes, que en Italia son de existencia indiscutida y su independencia ha sido reforzada desde su primera aparición a esta parte.¹

En particular, ahondaremos en la comparación de la autoridad garante de la protección de datos personales existente en ambos países. Nos referimos a la Agencia de Acceso a la Información Pública, de Argentina, a la cual la ley de creación atribuye autonomía funcional, y al *Garante per la Protezione dei Dati Personali*, de Italia, creado como autoridad independiente. Ambas actúan en la órbita de la administración pública.

Iniciaremos el estudio del instituto de las autoridades administrativas

¹ La doctrina sobre autoridades administrativas independientes es abundante. Además de las obras citadas en el presente, pueden ser consultados, entre muchos otros, los siguientes trabajos: S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le Autorità Indipendenti*, Bologna 1996; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano 2006; S. LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano 1999; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna 2000; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa 1996; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; C. SARTORETTI, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, Bologna, 2018; G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità garanti*, Milano, 2000; R. TITOMANLIO, *Autonomia ed indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020.

independientes en Italia a través del examen de las razones históricas de su surgimiento, el fundamento constitucional de su existencia, su ubicación dentro del sistema institucional y las características propias que las diferencian de cualquier otro ente público dentro del modelo italiano.

Seguidamente, repasaremos el marco teórico referido a las autoridades administrativas independientes en Argentina y, sobre la base de la información recolectada, ingresaremos en la comparación de la autoridad garante de la protección de datos personales en Argentina e Italia.

Concretamente, haremos foco en determinados aspectos que revelarán diferencias sustanciales entre ambos sistemas y permitirán aportar argumentos para reforzar la independencia de la Agencia de Acceso a la Información Pública: La influencia de la forma de gobierno, el fundamento constitucional y el objetivo de creación, los procedimientos de designación y remoción de los miembros de la autoridad garante, el poder cuasi jurisdiccional y el control de los actos de la autoridad, y la autonomía organizativa y financiera.

Por último, presentaremos nuestras conclusiones finales.

2. *Las autoridades administrativas independientes en Italia*

2.1. *El fundamento constitucional de las autoridades independientes*

Al definir su naturaleza jurídica y clasificarlas en el esquema institucional italiano, las autoridades independientes fueron consideradas parte de la administración pública.² Constituyen una tipología reciente de ente público de la administración estatal, con características particulares.

Se caracterizan por un alto nivel de tecnicismo y profesionalización y, fundamentalmente, por un alto grado de independencia respecto del Poder Ejecutivo. Están al margen de la dirección político-administrativa expresada por el Gobierno, razón por la cual se ha dudado de su constitucionalidad, toda vez que la Constitución italiana establece que la administración se encuentra anclada en el circuito democrático a través del

² Corte di Cassazione, sezione I, 20 de mayo de 2002, n. 7341. Ver V. VANACORE, *Le autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*, en *Giurisprudenza Italiana*, 5/2003, 106 ss; M. FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti*, en *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2015, 559 ss.

Gobierno y de los Ministros, los cuales son responsables de los actos de sus respectivos departamentos (artículo 95 CN).³

En general, en sus inicios, la creación de autoridades independientes fue fuertemente criticada por la doctrina, por considerar que erosionaban los pilares del sistema institucional y de la tradición constitucional republicana, en la medida en que dictaban actos de naturaleza normativa que no se encontraban previstos en el sistema de fuentes, así como también formulaban políticas públicas que no estaban sujetas a la dinámica constitucional de la responsabilidad política, y resolvían controversias pese a que no integraban el Poder Judicial. Con el paso de los años, muchas de las preocupaciones iniciales menguaron, y el foco de atención se puso en mejorar las herramientas para garantizar su independencia y el adecuado control judicial de sus actos, entre otras cuestiones.

Las autoridades independientes se han difundido a partir de la década de 1990 con el advenimiento del “Estado regulador”, en el marco del proceso de liberalización y privatización de los mercados, aunque ya existían casos anteriores⁴. Han sido creadas con ciertas características necesarias para el cumplimiento de sus fines: en general, están dirigidas por órganos colegiados, integrados por miembros de reconocida competencia y de moralidad intachable, que operan al margen de la dirección del Gobierno y actúan con máxima imparcialidad. El perfil técnico de la autoridad da lugar a la neutralidad en la toma de decisiones, tanto en relación con el Gobierno, como respecto de los grandes intereses económicos.⁵ A este tipo de autoridades se le atribuyen competencias regulatorias, administrativas y cuasi jurisdiccionales.

Por otro lado, fueron creadas autoridades independientes con competencia en determinadas áreas, para evitar que la parte débil del sistema

³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 341-349; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso ANAC*, en *www.federalismi.it*, 25/2016; N. LONGOBARDI, *La posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica e la Costituzione*, en *www.amministrazioneincammino.it*, 12/05/2017.

⁴ C. SAN MAURO, *Il dibattito sul riordino delle autorità amministrative indipendenti*, en *Foro amm. CDS*, 10/2009, 2453 ss.

⁵ F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 78-80; L. IEVA, *Autorità indipendenti, tecnica e neutralità del potere*, en *Foro amm.*, 2001, 3071 ss.; S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, en *www.federalismi.it*, 28/2020. Sobre la interpretación del concepto de neutralidad, ver M. AVVISATI, *Neutralità, imparzialità e azione amministrativa. Riflessioni su pubblica amministrazione e controllo di costituzionalità*, en *www.federalismi.it*, 12/2020.

-los llamados “sectores sensibles”- quedaran en desventaja respecto de los grandes intereses. Se trata de sectores con dinámicas particularmente complejas, cuyo abordaje requiere conocimientos técnicos especializados. Nos referimos, entre otros, a la tutela de la privacidad, el pluralismo de la información, la tutela del derecho a huelga y la protección del ahorro. De este modo, se refuerza la garantía del pleno ejercicio de ciertos derechos constitucionales frente a la amenaza del condicionamiento derivado del contexto económico y de la dinámica del mercado.

Pese a la ausencia de una cláusula constitucional expresa que haga referencia a las autoridades independientes, su existencia encuentra fundamento constitucional en la medida en que éstas implementan directamente valores constitucionales. Su creación y sus funciones, sea como árbitros de los mercados, sea como garantes de sectores sensibles, se justifican pues en ambos casos actúan en defensa de derechos fundamentales.⁶

Sin perjuicio de ello, también es posible derivar el fundamento constitucional de las autoridades independientes de ciertos artículos de la Constitución Nacional y de su relación con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En otras palabras, el vínculo comunitario aporta legitimación constitucional a las autoridades independientes.

En efecto, el artículo 11 de la Constitución italiana abre el camino para que, en condiciones de igualdad con otros Estados, existan limitaciones a la soberanía que resulten necesarias para un sistema que asegure la paz y la justicia entre las Naciones, así como también promueve la integración de organizaciones internacionales encaminadas a ese fin. A su vez, el artículo 117 establece que el ejercicio de la potestad legislativa por parte del Estado y las Regiones debe respetar la Constitución Nacional y las limitaciones derivadas del sistema comunitario y de las obligaciones internacionales. Finalmente, según el artículo 97 de la CN, la administración pública, en línea con el ordenamiento de la Unión Europea, debe velar por el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad de la deuda pública y actuar conforme a los principios de buen desempeño e imparcialidad.

En lo que respecta al sistema de la Unión Europea, el ordenamiento comunitario impulsó la creación de autoridades independientes, la amplia-

⁶ Ver O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e istituzioni politiche: questioni problematiche*, en *Nuove Autonomie*, 2/2019, 227 ss.; F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, en www.dirittifondamentali.it, 1/2020, 952 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, en *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1-2/2015.

ción de sus funciones y el fortalecimiento de su independencia. Asimismo, las relaciones entre las autoridades independientes de los distintos Estados miembros se articulan a través del establecimiento de redes, las cuales fortalecen la independencia respecto de los Gobiernos nacionales. Por ejemplo, existe el Sistema Europeo de Bancos Centrales, compuesto por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales, los cuales son definidos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea como autoridades independientes (artículos 107 y 108).⁷

A los argumentos mencionados, cabe agregar otro a favor de la legitimidad de las autoridades independientes, que se relaciona con el principio constitucional de legalidad. Se considera que dicho principio queda a resguardo en la medida en que la actuación de las autoridades sea determinada por reglas previamente establecidas y siempre que se garantice el acceso a la jurisdicción. A su vez, la legitimidad se encuentra reforzada por el desarrollo de procedimientos justos ante la autoridad —sobre todo en el contexto de los procedimientos sancionadores—, el dictado de actos debidamente motivados, la participación de las personas interesadas en el ejercicio del poder regulatorio de un determinado sector, y la garantía de la tutela judicial efectiva.⁸ Todos estos aspectos permiten contrarrestar la ausencia de responsabilidad política en sentido estricto de las autoridades independientes.

En particular, respecto del ejercicio de competencias regulatorias por parte de las autoridades independientes, la jurisprudencia sostiene que, al estar fuera de la tradicional división de poderes y del circuito de responsabilidad previsto en el artículo 95 de la Constitución, su legitimidad debe encontrarse en la existencia de reglas que garanticen la participación de los interesados en el procedimiento, con el objeto de que, en los sectores regulados por las autoridades independientes, la caída de la legalidad sustancial (la cual de todos modos se expresa mediante la ley que otorga facultades regulatorias a la autoridad independiente) sea compensada por el fortalecimiento de la legalidad procesal.⁹

⁷ O. SPATARO, cit.

⁸ Conforme el criterio establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, citado en N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di N. LONGOBARDI, *Il Diritto Amministrativo in trasformazione*, Torino, 2016, 117 ss. Sobre el tema, ver asimismo P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; IANNELLO, CARLO (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*, Napoli, 2018.

⁹ F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, en

2.2. *Herramientas para garantizar su independencia*

Dado que no existe un régimen uniforme para todas las autoridades independientes, es necesario analizar las distintas leyes de creación para poder derivar de éstas un listado de las herramientas implementadas para garantizar su independencia.

Dichas herramientas, previstas en su régimen, conducen -a su vez- a determinar el perfil de este tipo de autoridades, dado que la legislación no suele atribuirles de manera expresa el carácter de autoridad independiente. En particular, el Consejo de Estado¹⁰ acude a los siguientes “índices normativos” para determinar si un ente debe ser encuadrado en la categoría de autoridades independientes: la calificación normativa, la naturaleza de sus funciones y su relación con la protección de valores constitucionalmente relevantes que la ley pretende sustraer de la responsabilidad política del Gobierno; la autonomía organizativa y presupuestaria; los requisitos subjetivos exigidos a sus miembros; el sistema de nombramiento y el establecimiento de incompatibilidades; el sistema de relaciones interinstitucionales y su posición en dicho sistema.

Se trata de requisitos que pueden encontrarse en mayor o menor grado, pero si se presentan de manera predominante y adecuada, son reveladores a los efectos de otorgar a determinado ente el carácter de autoridad independiente.¹¹

Pues bien, veamos las distintas herramientas.

Il diritto dell'economia, 3/2018), 697 ss.; E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, en *DeS*, 3/2016, 493 ss.; F. MAGGIO, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, en *www.federalismi.it*, 10/2021; A. FROSINI, *Gli atti normativi del garante per la protezione dei dati personali*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 4/2014, 3678 ss.; G. FERRARI, *Il proliferare del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismo pubblici di nuova istituzione*, en *Foro amm. CDS*, 9/2011, 2935 ss. Este último autor menciona la problemática en torno a la relación entre las normas dictadas por las autoridades independientes y las normas gubernamentales y ministeriales. Indica que, en general, se sostiene que en estos casos no es aplicable el principio de “jerarquía” – por ser incompatible con la independencia reconocida a las autoridades – sino el de “competencia”, que debe ser identificado conforme la especialidad de la materia regulada.

¹⁰ Ver *Consiglio di Stato*, sezione I, 22 de marzo de 2010, n. 1081; y *Consiglio di Stato*, *Adunanza Generale*, 6 de mayo de 2011, n. 1721.

¹¹ Ver N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit.

i) Es importante detenerse en la relación de las autoridades independientes con los órganos políticos. Si bien el Gobierno no conserva poder de dirección, tampoco existe una desvinculación total.

El Gobierno y el Parlamento se relacionan con las autoridades independientes a través de diferentes mecanismos.

En primer lugar, el Parlamento crea la autoridad independiente mediante una ley constitutiva y define sus fines, sus funciones, el criterio para el ejercicio de las facultades regulatorias y administrativas atribuidas y su estructura organizativa. A su vez, la ley anual que aprueba el Presupuesto del Estado establece la asignación de recursos a cada autoridad. Por otro lado, el estatuto de las autoridades independientes podría ser modificado en cualquier momento por el Parlamento, quien también podría suprimirlas o fusionarlas. Asimismo, como veremos, los métodos de designación de sus miembros producen una conexión más estrecha con el Parlamento, y las alejan de la órbita del Gobierno. Por ejemplo, en ciertos casos, la facultad de nombrarlos es de los Presidentes de ambas Cámaras del Parlamento, o bien las Comisiones parlamentarias competentes deben expresar una opinión vinculante. Finalmente, cabe señalar que, en general, el Parlamento no se reserva el poder de destituir a los miembros de las autoridades, ni el de dictar directivas destinadas a influir en el modo en que desarrollan su actividad.¹²

Por otro lado, las autoridades independientes envían un informe anual al Parlamento sobre la actividad desarrollada, y sus Presidentes pueden ser convocados por el Parlamento a audiencias para requerirles información.

De dichos informes anuales surge una gran cantidad de información recopilada y procesada por las autoridades independientes, proveniente tanto de la observación de los sectores regulados o supervisados, como de su inclusión en sistemas complejos y articulados de colaboración europea e internacional. Las autoridades participan en la elaboración de estrategias para los diferentes sectores, gracias a su gran capacidad de identificación, selección y sistematización de intereses relevantes de una determinada área.¹³

¹² M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 30-35.

¹³ Ver B. CARAVITA, *Le autorità indipendenti attraverso il prisma delle loro relazioni annuali*, en www.federalismi.it, 16/2010. Sobre la influencia de las autoridades independientes respecto de las decisiones de los órganos políticos, ver A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, en www.federalismi.it, 23/2017.

En este sentido, cumplen un rol de asesoramiento tanto respecto del Parlamento como del Gobierno: pueden presentar informes, hacer recomendaciones y plantear propuestas tendientes a solicitar la intervención legislativa (aprobación de normas) en materias determinadas de su especialidad. De este modo, influyen en la construcción de políticas sectoriales.

De lo expuesto se desprenden los mecanismos de control que los órganos políticos despliegan respecto de la actividad de las autoridades, complementarios entre sí: por un lado, las audiencias en el Parlamento y el flujo periódico de información hacia el Gobierno y el Parlamento; por otro lado, el control *ex ante*, materializado en la ley de creación de la autoridad, la cual debe establecer con precisión su misión (es decir, los objetivos específicos a perseguir), competencias, mecanismos de adopción de decisiones y criterios rigurosos para la selección de sus miembros.¹⁴

ii) En general, el nombramiento de los miembros del órgano directivo de las autoridades independientes (que suele tener carácter colegiado para resultar menos permeable a las influencias) se atribuye a los presidentes de las Cámaras del Parlamento, o prevé una opinión vinculante adoptada por una mayoría calificada de las Comisiones parlamentarias competentes. La centralidad del Parlamento en el nombramiento de los miembros permite la coherencia de las designaciones con las orientaciones políticas expresadas por los ciudadanos en las elecciones, y aporta de este modo mayor legitimidad democrática.

iii) Respecto de los requisitos subjetivos de los miembros, están vinculados con la profesionalidad, la experiencia, el mérito, la capacidad y los conocimientos demostrados en el sector de competencia de las autoridades, así como también con la notoria moralidad e independencia. Puede exigirse que hayan desempeñado con anterioridad cargos institucionales de gran responsabilidad e importancia.

En relación con las incompatibilidades, se prohíbe el ejercicio simultáneo de cualquier actividad profesional o de consultoría, ser directivos o empleados de organismos públicos o privados o desempeñar otros cargos públicos de cualquier naturaleza.

Respecto de la duración del mandato, el plazo excede los períodos

¹⁴ Métodos mencionados en el “documento conclusivo” de la investigación llevada a cabo sobre autoridades administrativas independientes, aprobado en la sesión del 16 de febrero de 2012 por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. Disponible en https://documenti.camera.it/_dati/leg16/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/017/017/INTERO.pdf

ordinarios de mandatos legislativos y del Gobierno. La renovación del mandato de los miembros de las autoridades independientes suele estar prohibida, para evitar que desarrollen sus tareas complacientemente con el fin de obtener un segundo mandato. En algunos casos, se prohíbe asumir un cargo en las empresas reguladas por una determinada cantidad de años computada desde la finalización del mandato.¹⁵

iv) En cuanto a su autonomía organizativa, las autoridades independientes tienen la facultad de dictar normas relativas a su organización y funcionamiento, así como también de establecer el marco jurídico y económico del personal, el régimen de carrera y la gestión de gastos. En general, el régimen legal de cada autoridad establece que debe disponer de personal permanente, prevé que por motivos justificados pueda recurrir a una dotación limitada de empleados de otras administraciones públicas y, finalmente, contempla que pueda contratar, en porcentajes mínimos y por tiempo determinado, personal especializado del sector privado. El régimen jurídico y económico del personal difiere del régimen general, debido a la necesidad por parte de las autoridades independientes de contar con personal con conocimiento técnico específico, el cual percibe una remuneración mayor al salario promedio de la administración pública.¹⁶

En relación con la autonomía financiera y contable de las autoridades independientes, es posible identificar, a partir del análisis de sus regímenes, distintos sistemas de obtención de recursos: a) sistema basado exclusivamente en la asignación del presupuesto general del Estado;¹⁷ b) sistema de plena autonomía financiera en el que los gastos de gestión y funcionamiento puede ser cubiertos íntegramente con aportes prove-

¹⁵ G. NAPOLITANO, G. MOCAVINI, G. BUTTARELLI, y R. MORGANTE, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2023, 441 ss.; BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, en www.federalismi.it, 14/2009.

¹⁶ Es interesante señalar que el Consejo de Estado estableció la validez, por razones de especialidad, de un reglamento interno de una autoridad independiente (*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – AGCom*), que establecía un procedimiento de selección de personal que se apartaba del régimen general aplicable a la administración pública. Al respecto, ver P. FALZINI, *L'Autonomia organizzativa delle Autorità Indipendenti*, en www.federalismi.it, 2/2016.

¹⁷ Por ejemplo, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* y el *Garante per la Protezione dei Dati Personali*.

nientes del mercado regulado (autofinanciamiento);¹⁸ y c) sistema mixto, en el cual una parte de los recursos es asegurada por el Estado y otra parte está a cargo de los sujetos que operan en el sector de competencia de la autoridad.¹⁹

A su vez, sin perjuicio de señalar la gran heterogeneidad de los regímenes de las autoridades independientes, las distintas formas de autofinanciamiento podrían clasificarse de la siguiente manera: a) contribuciones anuales abonadas por las empresas (monto fijo o calculado como un porcentaje de los ingresos obtenidos por la empresa en el mercado regulado o controlado por la autoridad); b) contribuciones relacionadas con la realización de actividades o procedimientos ante la autoridad; c) participación en una parte de las sanciones aplicadas por la autoridad.²⁰

En el sistema italiano se presenta la necesidad de disminuir el gasto implicado por las autoridades independientes y reducir la presión sobre el presupuesto estatal. Una de las formas de mejorar la autonomía financiera de las autoridades independientes es a través del establecimiento de sistemas mixtos o de pleno autofinanciamiento, dado que el sistema de financiamiento con aporte únicamente estatal abre el camino para el condicionamiento mediante la reducción de partidas presupuestarias.²¹

v) Un aspecto relevante que hace a la independencia es la pertenencia a una red europea de autoridades que en muchos casos informan a un regulador europeo previsto en el Tratado o en la legislación derivada. Es el caso del Sistema Europeo de Banco Centrales, integrado por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales, o el de la Autoridad

¹⁸ Por ejemplo, la *Autorità per l'energia elettrica e il gas* que, desde 2018, se denomina *Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente* (ARERA).

¹⁹ Por ejemplo, la *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*.

²⁰ Ver G. NAVA, V. MOSCA, *Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, en *www.federalismi.it*, 24/2016; G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, en *Giorn. Dir. Amm.*, 3/2006; L. DI DONATO, *Il finanziamento delle Autorità Amministrative Indipendenti*, en *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 25/05/2015.

²¹ El Parlamento italiano manifestó su preocupación por esa realidad y por la reducción significativa del aporte realizado por el Estado a lo largo de los años. Ver el “documento conclusivo” de la investigación llevada a cabo sobre autoridades administrativas independientes, aprobado en la sesión del 16 de febrero de 2012 por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. Disponible en https://documenti.camera.it/_dati/leg16/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/017/017/INTERO.pdf

Garante de la Competencia y el Mercado y autoridades similares de los Estados miembro, que aplican el derecho europeo sobre la materia con la coordinación de la Comisión Europea. Cuanto mayor es el vínculo a nivel supranacional, menor es la permeabilidad de las autoridades independientes a la influencia de los gobiernos nacionales.²²

3. *Autoridades administrativas independientes en Argentina*

En Argentina, la Constitución Nacional adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal (artículo 1º) y rige un sistema presidencialista. En lo que concierne al tema de este trabajo, al reflexionar sobre el principio de división de poderes, reconocida doctrina ha destacado que, para que no exista absolutismo y evitar la suma del poder público, es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados, y cuantos más mejor. En este sentido, a los órganos legislativos, judiciales y administrativos, deben agregarse las autoridades administrativas independientes, ya que los excesos no han venido nunca de manos del poder judicial o legislativo, sino siempre del ejecutivo. Así, al Poder Ejecutivo se le quita poder, para transferirlo a autoridades independientes de su control.²³

La reforma constitucional de 1994 ha recogido el fenómeno de las autoridades administrativas independientes, ya presente en el derecho público europeo y norteamericano. Dicha denominación -autoridades administrativas independientes- fue otorgada a ciertos órganos creados en el ámbito de los diferentes poderes del Estado o en una posición “extra-poder”, y cuya autonomía fue consagrada, a través de diferentes fórmulas, en la Constitución Nacional.²⁴

²² Al respecto, ver S. SCREPANTI, *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i 'sistemi comuni' europei e globali*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5/2009, 913 ss; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, en *Dir. Un. Eur.*, 1/2006, 27 ss.

²³ A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 1, Buenos Aires, 2013, IX-3. Ver, asimismo, G. S. KODELIA, *Estado, administración y burocracia*, en *La Ley*, A/2022, 282 ss.; G. S. KODELIA, *Autoridades administrativas independientes: entre la técnica y la política. Historia, justificación y crítica*, Buenos Aires, 2023.

²⁴ M. G. REIRIZ, *Autoridades administrativas independientes para la regulación y el control de los servicios públicos*, en J.C. CASSAGNE (dir.), *Servicio público y policía*, Buenos Aires, 2006, 63 ss.

De este modo, la Auditoría General de la Nación (artículo 85 CN) y el Defensor del Pueblo (artículo 86 CN) fueron creados en el ámbito del Poder Legislativo con autonomía funcional. Además, respecto del Defensor del Pueblo, la Constitución Nacional expresamente establece que es un organismo independiente.

Por su parte, el Consejo de la Magistratura (artículo 114 CN) y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (artículo 115 CN) fueron creados en el ámbito del Poder Judicial, y el Ministerio Público (artículo 120 CN) fue creado como un órgano extrapoder, independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, cuyos miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad en sus remuneraciones.

Asimismo, la Constitución Nacional hace referencia a otras autoridades, consideradas “de existencia necesaria”, que no fueron ubicadas por el Constituyente en la órbita de un poder del Estado determinado.

Así, el artículo 75, inciso 6° de la Constitución Nacional dispone que el Congreso de la Nación debe crear y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales. La cláusula refiere al Banco Central de la República Argentina (BCRA), que colabora en el ejercicio del poder de policía financiero, cuyo régimen está establecido en su Carta Orgánica, aprobada por la ley del 23 de septiembre de 1992, n. 24.144. Dicha norma indica que el BCRA es una entidad autárquica del Estado Nacional.

Luego, el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional consagra la autonomía y la autarquía de las universidades nacionales, las cuales se encuentran regidas por la ley del 20 de julio de 1995, n. 24.521, de Educación Superior.

A su vez, el artículo 42 de la Constitución Nacional prevé la creación de entes de regulación y control de servicios públicos y establece que los marcos de regulación deben asegurar, en su integración, la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas.

En cuanto a la Comisión Federal de Impuestos, el artículo 75, inciso 2° CN prescribe la creación de un organismo fiscal federal a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal, cuya composición debe asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

Finalmente, a ello podemos agregar que el artículo 14 *bis* hace refe-

rencia a las entidades nacionales o provinciales a cargo de la prestación del seguro social obligatorio, las cuales tendrán autonomía financiera y económica y serán administradas por los interesados con participación del Estado.

Cabe advertir que muchos de los organismos mencionados fueron constituidos como entes descentralizados de la administración pública nacional, es decir, dentro de la estructura del Poder Ejecutivo Nacional (BCRA, universidades nacionales, entes de regulación y control de servicios públicos).

La doctrina explica que la raíz común de todas las autoridades independientes es la necesidad de colocar fuera de la contienda político-partidista determinadas funciones administrativas, y señala que, en la medida en que los entes en cuestión sean considerados “órganos constitucionales de existencia necesaria”, su independencia del Poder Ejecutivo Nacional no violaría el artículo 99, inciso 1° de la Constitución Nacional que consagra al Presidente de la Nación como responsable político de la administración general del país, ni el artículo 100, inciso 1°, que atribuye al Jefe de Gabinete de Ministros el ejercicio de la administración general del país.

En este marco, los entes podrían ser calificados como autoridades administrativas independientes o, más técnicamente, como entes descentralizados con autonomía funcional, sobre la base de la existencia de un mandato expreso del constituyente, que los coloca al margen de los poderes de dirección general del Poder Ejecutivo²⁵.

Desde esta perspectiva, para que se configure esta forma de descentralización funcional autonómica, deben darse las siguientes condiciones²⁶:

- a) Un alto rango de la norma descentralizadora (la propia Constitución o la ley).
- b) Una gran independencia de los órganos directivos de la autoridad, asegurada por la forma de elección, la estabilidad en sus funciones, la remoción no discrecional y la no sujeción a órdenes e instrucciones. Se resalta la importancia, a los efectos de lograr la independencia, de procedimientos de designación de los miembros de los órganos directivos que impliquen actos complejos (decretos del Presidente

²⁵ M. G. REIRIZ, cit., 72.

²⁶ En este punto, REIRIZ refiere a los entes de regulación y control de los servicios públicos, pero entendemos que el razonamiento es aplicable a los demás organismos señalados.

con acuerdo del Congreso), y que sea precedida de concursos públicos para otorgar legitimidad a las autoridades.

- c) La atribución de competencias decisorias -no consultivas- exclusivas o excluyentes (no indistintas), no sujetas a autorización o aprobaciones.
- d) El control de legalidad de sus actos y contratos directamente por los órganos judiciales, sin recursos de alzada ante el Poder Ejecutivo.
- e) La autarquía económica, con asignación legislativa de recursos genuinos, provenientes de impuestos o tasas que gravan la actividad controlada.

Por otro lado, la doctrina considera que la independencia de las autoridades administrativas significa que determinadas funciones son atribuidas a un ente *ad hoc*, ubicado por fuera de la administración centralizada, e implica que el desempeño de dichas funciones no está subordinado a otra autoridad estatal, sin perjuicio de su vinculación con la ley y el control judicial de los actos. A ello cabe agregar la inexistencia de condicionamientos organizativos o financieros, de órganos políticos, o de grupos de interés. A fin de determinar su independencia, cabe examinar, en las normas de creación de las autoridades, los requisitos estipulados para la designación de los integrantes, la duración de los mandatos (por períodos diferentes de los mandatos del Presidente o legisladores), la posibilidad de ser reelegidos, los procedimientos de remoción (que no esté sujeta a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo), la regulación sobre incompatibilidades, entre otros. El argumento prevaleciente para defender la legitimidad de este tipo de autoridades es el carácter técnico del sector al que está abocada.²⁷

A su vez, sin perjuicio de conocer la complejidad del tema, se entiende que resultaría constitucionalmente viable que el Congreso cree otras autoridades administrativas independientes, más allá de las previstas expresamente en la Constitución Nacional. Es decir, el Poder Legislativo podría establecer entes descentralizados no sujetos ni al control jerárquico ni al control de tutela por parte del Poder Ejecutivo, como es el caso de las universidades nacionales. En cuanto al fundamento constitucional, dicha atribución se deriva del artículo 75, incisos 20 y 32. El primero refiere a

²⁷ G. F. TREACY, *La inserción de las autoridades administrativas independientes en el Derecho Público argentino: algunos problemas constitucionales*, en *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República*, Montevideo, 48/2020.

la atribución del Congreso de crear y suprimir empleos y de fijar sus atribuciones, mientras que el segundo prevé la atribución para “[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.²⁸

Aun así, no cualquier materia de administración podría ser sustraída de la órbita del Poder Ejecutivo mediante una ley del Congreso. Se podrían crear entes autónomos con funciones de fiscalización y control, para el ejercicio de competencias técnicas específicas, de manera neutral, dentro de los lineamientos establecidos mediante ley del Congreso, si resultara conveniente para una mejor gestión de intereses públicos, y siempre que sus decisiones se encuentren sujetas a control judicial. En este marco, el límite en la creación de este tipo de entes está dado por el principio de razonabilidad.²⁹

En otro orden, se ha señalado que el propósito de los convencionales constituyentes en la reforma constitucional de 1994 no ha sido desapoderar a los poderes legislativo y ejecutivo de facultades materialmente administrativas y legislativas, con el objeto de crear un Estado neutral, eficiente e independiente de los poderes políticos. Por el contrario, su propósito fue la atenuación del sistema presidencialista, es decir, la limitación de las facultades del Presidente y el reconocimiento de mayores competencias a favor del Congreso, por ejemplo, a través de la limitación del dictado de reglamentos de naturaleza legislativa por parte del Poder Ejecutivo y mediante la figura del Jefe de Gabinete de Ministros. Así, el modelo sólo satisface el principio democrático si existe dirección -con ciertas limitaciones- del gobierno o del Presidente por su legitimidad de origen y su responsabilidad política ante el Congreso, o bien del propio Congreso³⁰.

En este marco, a fin de delinear un modelo propio de entes autónomos en el sistema argentino, se parte de los siguientes puntos de análisis: a) el procedimiento de designación y, particularmente, de remoción de sus miembros; b) las facultades de definición y, en su caso, de ejecución de políticas públicas; c) el control de los poderes políticos estatales sobre el ente; d) el régimen de financiamiento y; e) por último, de modo especial,

²⁸ G. F. TREACY, cit.

²⁹ G. F. TREACY, cit.

³⁰ C. F. BALBÍN, *La potestad normativa de los entes autónomos en el derecho argentino*, en RDA, 54/2005, 757 ss; y C. F. BALBÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires, 2015, 150 ss.

el reconocimiento de potestades reglamentarias en su favor, en un ámbito exclusivo y excluyente -y, por tanto, sin sujeción a los decretos reglamentarios que dicta el Poder Ejecutivo-, limitado a las materias directamente vinculadas con la especialidad o la participación (por ejemplo, la libertad académica y de cátedra en el caso de las universidades nacionales, o los derechos de los usuarios y consumidores en el caso de los entes reguladores). Estos presupuestos permitirían, con carácter no exclusivo pero sí definitorio, establecer el grado de autonomía y, eventualmente, crear una categoría especial de entes.

En este modelo, los entes no revisten carácter independiente de los poderes políticos del Estado, sino cierto grado de autonomía. En cuanto al fundamento de la autonomía de este tipo de entes, se resaltan dos postulados específicos del ámbito de la organización estatal: el de participación y el de especialización del Estado. El primero se vincula con la descentralización del poder y la incorporación de los sectores o ciudadanos en el proceso de toma de decisiones estatales (por ejemplo, los entes reguladores y las universidades nacionales). El segundo se relaciona con la eficacia del Estado (por ejemplo, los entes reguladores y el Banco Central de la República Argentina). En particular, el carácter especial del ente surge del propio texto constitucional, en su redacción actual, mediante las figuras de “autonomía”, “autonomía funcional” y “autonomía y autarquía”, sin perjuicio de que el carácter especial también puede derivar de una ley.³¹

Finalmente, un sector de la doctrina sostiene que la reforma constitucional de 1994 incorpora únicamente dos organismos que constituyen la versión argentina de las denominadas administraciones independientes: los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional (artículo 42 CN) y el organismo Fiscal Federal (artículo 75.2 CN).³²

En el modelo, los organismos independientes no son sujetos propios de la descentralización administrativa, sino instrumentos de control constitucional sobre el Gobierno federal, en los que participan las provincias, y fueron creados con la finalidad de recuperar el equilibrio de poder sobre sectores manejados por el Poder Ejecutivo Nacional, en ejercicio de facul-

³¹ C. F. BALBÍN, cit.

³² A. PÉREZ HUALDE, *Nuevas formas de administración y los 'organismos' constitucionales independientes*, en E. M. ALONSO REGUEIRA (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, 2013, 213 ss.

tades que le han sido delegadas por las provincias, pero de alto contenido crítico para su conjunto.

4. *Análisis comparativo de la autoridad garante de la protección de datos personales en Argentina e Italia*

En adelante, realizaremos una comparación de las autoridades de control en materia de protección de datos personales en Argentina e Italia. Destacaremos ciertos aspectos que consideramos relevantes pues revelarán diferencias sustanciales entre ambos sistemas, que servirán para formular argumentos tendientes a reforzar la independencia de la autoridad argentina.

El *Garante per la protezione dei dati personali* es una autoridad independiente creada mediante ley del 31 de diciembre de 1996, n. 695, en cumplimiento de la Directiva 1995/46/CE. Se encuentra a cargo de la aplicación del *Codice in materia di protezione dei dati personali*, aprobado mediante decreto legislativo del 30 de junio de 2003, n. 196, modificado luego mediante decreto legislativo del 10 de agosto de 2018, n. 101, tras la emisión del Reglamento 2016/679 de la Unión Europea.³³

La *Agenzia de Accesso a la Información Pública* fue creada mediante ley del 14 de septiembre de 2016, n. 27.275. Es un ente descentralizado autárquico con autonomía funcional que actúa en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con la misión controlar el cumplimiento y la correcta aplicación de los regímenes de acceso a la información pública y de protección de datos personales.³⁴ En concreto, la Agencia tiene por misión “velar por el cumplimiento de los principios y procedimientos establecidos en la presente ley, garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover medidas de transparencia activa y actuar como Autoridad de Aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326” (artículo 19, con el agregado incorporado

³³ A. PISAPIA, *La tutela multilivello garantita ai dati personali*, en www.federalismi.it, 3/2018; F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali nell'Unione europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, en *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario*, 6/2015, 1619 ss.

³⁴ Ver asimismo decreto reglamentario del 27 de marzo de 2017, n. 206; y ley del 4 de octubre de 2000, n. 25.326 y su decreto reglamentario del 29 de noviembre de 2001, n. 1558.

por el decreto de necesidad y urgencia del 25 de septiembre de 2017, n. 746).

4.1. *La influencia de la forma de gobierno: sistema (hiper)presidencialista vs. sistema parlamentario*

Pensamos que la forma de gobierno marca una diferencia sustantiva entre el sistema italiano y el argentino, en lo que respecta a las chances de éxito de la misión encomendada a las autoridades independientes.

Los sistemas presidencialistas (Argentina) y los sistemas parlamentarios (Italia) están basados en una relación diferente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

En los primeros, los mandatos de quienes ejercen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo son independientes entre sí, y la llegada al poder del Presidente y su continuidad no dependen de la confianza del Parlamento. En cuanto a su remoción anticipada, está prevista la posibilidad de que el Congreso realice un juicio político, pero requiere de mayorías especiales.

En los sistemas parlamentarios, el Poder Ejecutivo es, en realidad, parte del Poder Legislativo. Su permanencia en el poder se encuentra sujeta a un plazo determinado -cumplido el cual se convocará a elecciones-, pero puede resultar limitado en virtud de un voto de censura en el Parlamento, que no necesita mayorías especiales. Los Gobiernos caen porque desaparecen las mayorías parlamentarias en que se apoyaban. Además, el Poder Ejecutivo podría limitar los mandatos del Parlamento mediante su disolución y el llamado a elecciones anticipadas (v. artículo 88 de la Constitución de Italia).

En Italia, la Constitución establece como regla que el Gobierno no puede legislar, con excepción del dictado de decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados (artículos 76, 77 y 87). En cuanto a los primeros, establece un plazo de 60 días dentro del cual deben ser convertidos en ley por el Parlamento para no perder eficacia. Además, su no aprobación por el Parlamento deriva en una crisis de Gobierno por la pérdida de confianza.

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 consagró en los artículos 76 y 99, inciso 3º la misma regla y las mismas excepciones, pero con diferencias relevantes en cuanto al control parlamentario posterior al dictado de decretos de naturaleza legislativa. El Presidente puede dictar

decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados, y debe remitirlos al Congreso para que ambas Cámaras se expidan respecto de su validez. Dicho trámite, regulado en la ley del 20 de julio de 2006, n. 26.122, no prevé un plazo específico dentro del cual las Cámaras deben expedirse. Además, el decreto perderá eficacia -quedará derogado- sólo si ambas Cámaras lo rechazan, de modo que basta con que una lo apruebe para que el decreto continúe vigente. Finalmente, el hipotético rechazo de un decreto no implica graves consecuencias para el Poder Ejecutivo.

Así, el control de este tipo de decretos es tan laxo y su utilización es tan frecuente, que se terminó por desvirtuar el principio de separación de poderes y quebrantar el principio de legalidad.³⁵ En efecto, los decretos de naturaleza legislativa son un rasgo constitutivo del perfil hiperpresidencialista del sistema argentino.

Consideramos de gran importancia recalcar este punto, por el alto grado de influencia que las potestades legislativas del Presidente han tenido en la vulneración de la autonomía de los entes. Nótese que la propia l. n. 27.275/2016 fue reformada mediante el d. n. 746/2017, justamente en la parte pertinente a la Agencia de Acceso a la Información Pública: la convirtió en autoridad de aplicación de la l. n. 25.326/2000 de Protección de Datos Personales -antes no lo era- y, lo que es más grave, limitó sus potestades en cuanto al diseño de su propia estructura orgánica y la designación de su planta de agentes.³⁶

4.2. *Fundamento constitucional y objetivo de creación*

Si bien en Italia la creación de autoridades independientes fue cuestionada en sus orígenes por ser consideradas disruptivas respecto de la concepción clásica del principio de separación de poderes, lo cierto es que con el paso de los años encontraron un fundamento constitucional y, fundamentalmente, supranacional. La influencia del ordenamiento comunitario ha sido relevante en la creación y fortalecimiento de la independencia de este tipo de autoridades, un rasgo que no está presente en la

³⁵ H. MAIRAL, *La degradación del derecho público argentino*, en G. SCHEIBLER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, tomo 4, Buenos Aires, 2005, 17 ss. Ver un estudio profundo del tema en C. F. BALBÍN, *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, 2004, y C. F. BALBÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, Buenos Aires, 2015, 433 ss.

³⁶ Ver artículos 19 y 24 de la l. n. 27.275/2016.

realidad argentina, puesto que este país no ha avanzado sustantivamente en el orden de la integración regional.

No obstante ello, en Argentina podría invocarse la exigencia de garantizar la independencia de ciertas autoridades, derivada de los compromisos internacionales. Así, si bien la Constitución Nacional no crea una autoridad garante de la protección de datos personales con carácter independiente, lo cierto es que la Agencia de Acceso a la Información Pública, creada mediante ley del Congreso, debería ajustarse a los estándares derivados a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales claramente indican que su independencia debe ser garantizada.

Dicho tratado internacional tiene jerarquía constitucional, conforme surge del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, y garantiza el derecho a la privacidad centralmente en los artículos 11.2 y 11.3, el cual comprende el derecho a la protección de datos. Asimismo, el tratado consagra el derecho de acceso a la información pública en el artículo 13.1. De acuerdo con los estándares delineados en diversos documentos expedidos en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la independencia de la autoridad garante del derecho de acceso a la información pública y de protección de datos personales constituye un requisito necesario para el éxito de su misión.³⁷

Además, mediante ley del 6 de diciembre de 2008, n. 27.483 la Argentina aprobó el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y su Protocolo Adicional del año 2001³⁸, y mediante ley del 9 de noviembre de 2022, n. 27.699 aprobó el Protocolo Modificatorio del Convenio³⁹, de los cuales surgen nuevas obligaciones en materia de protección de datos per-

³⁷ Ver *Comentarios y guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información*, Consejo Permanente de la OEA y Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, OEA/Ser.G CP/CAJP-2841/10, 2010, 20; y *Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales*, OEA, Comité Jurídico Interamericano (CJI), 2021, principio XIII. Ver, asimismo, *El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), informe temático contenido en el Informe Anual 2014, 18-20.

³⁸ La Argentina es parte del Convenio 108 desde el 1º de junio de 2019, luego de haber efectuado el depósito del instrumento de adhesión en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

³⁹ El 17 de abril de 2023 se depositó el instrumento de ratificación.

sonales.⁴⁰ En particular, el artículo 1º, inciso 3º del Protocolo Adicional establece que las autoridades de protección de datos “deben ejercer sus funciones con completa independencia”, y así también lo establece el artículo 19 del Protocolo Modificatorio.

Del mismo modo, es posible justificar la creación de esta autoridad con carácter independiente, al igual que en Italia, en la necesidad otorgar una protección diferenciada a estos derechos fundamentales, alejada de la influencia político-partidista y de la presión de los grandes grupos de interés. En definitiva, nos referimos a esos “sectores sensibles”, es decir, a la parte débil del sistema, que merece especial protección. Su independencia y neutralidad devienen aún más necesarias si consideramos que el Poder Ejecutivo -en cuya estructura actúa el ente- es en sí mismo un sujeto controlado por la Agencia de Acceso a la Información Pública.⁴¹

4.3. *Procedimientos de designación y remoción de los miembros de la autoridad de control*

Se ha señalado que en el caso del *Garante per la protezione dei dati personali* predomina la función de garantía y control en sentido estricto, antes que la regulatoria, razón por la cual la independencia adquiere un valor muy fuerte. Ésta no puede derivar de una simple autocalificación del carácter independiente en el plano normativo interno, sino que deben asegurarse los requisitos necesarios para su eficacia.⁴²

Si bien ya desde su creación, mediante l. n. 695/1996, el *Garante* fue constituido como una autoridad que operaría con total autonomía e independencia de juicio y evaluación (artículo 30), en la actualidad rigen

⁴⁰ P. SYLVESTER, *La modernización del derecho de protección de datos personales a nivel global y en la Argentina*, en *La Ley*, E/2023; M. PERUZZOTTI, *Los 40 años de la democracia y la evolución de la protección de los datos personales en el Derecho argentino*, en *La Ley*, E/2023, 618 ss.

⁴¹ El Poder Ejecutivo Nacional es titular de los bancos de datos públicos y es, a su vez, quien debe proveer la información pública. En este sentido, ver M. MASCIOTRA, *Órgano de control de la Ley de Protección de Datos Personales: su imprescindible independencia y autonomía*, en *La Ley*, A/2018, 615 ss.

⁴² A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, en *www.federalismi.it*, 4/2018; CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, en *www.federalismi.it*, 33/2020.

las disposiciones del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (Reglamento UE 2016/679).⁴³

Dicho Reglamento contiene ciertas cláusulas que identifican las medidas para garantizar la independencia de la autoridad garante de la protección de datos personales (artículo 51 y siguientes).

Así, el artículo 51 establece que “[c]ada Estado miembro establecerá que sea responsabilidad de una o varias autoridades públicas independientes (en adelante «autoridad de control») supervisar la aplicación del presente Reglamento, con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y de facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión” (punto 1). Asimismo, dispone que “[c]ada autoridad de control contribuirá a la aplicación coherente del presente Reglamento en toda la Unión. A tal fin, las autoridades de control cooperarán entre sí y con la Comisión [...]”.

Luego, el artículo 52, referente a su independencia, prescribe que “[c]ada autoridad de control actuará con total independencia en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus poderes de conformidad con el presente Reglamento” (punto 1). En este sentido, precisa que el o los miembros de la autoridad de control serán ajenos, en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus poderes, a toda influencia externa, ya sea directa o indirecta, y no solicitarán ni admitirán ninguna instrucción (punto 2).

Entre las herramientas para garantizar la independencia de la autoridad de control se encuentran los procedimientos de selección y designación de los miembros de las autoridades de control, así como también los requisitos subjetivos que deben reunir.

Al respecto, el artículo 53 del Reglamento señala que los Estados “dispondrán que cada miembro de sus autoridades de control sea nombrado mediante un procedimiento transparente por: su Parlamento, su Gobierno, su Jefe de Estado, o un organismo independiente encargado del nombramiento” (punto 1). A su vez, dispone que cada miembro deberá contar con el título, la experiencia y las aptitudes relativas al ámbito de la protección de datos personales, necesaria para el cumplimiento de

⁴³ Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, “relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, así como a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/ CE”.

sus funciones y el ejercicio de sus poderes (punto 2). Finalmente, indica que los miembros serán destituidos únicamente en caso de conducta irregular grave o si dejan de cumplir las condiciones exigidas en el desempeño de sus funciones.

En Italia, el *Codice in materia di protezione dei dati personali*⁴⁴ en el artículo 153 establece que el *Garante per la protezione dei dati personali* se compone del *Collegio* y el *Ufficio*. El *Collegio* está integrado por cuatro miembros, dos elegidos por la Cámara de Diputados y dos por el Senado de la República. Los vocales deberán ser elegidos entre quienes presenten su candidatura en el marco de un procedimiento de selección cuya convocatoria deberá ser publicada en los sitios web de la Cámara, del Senado y del *Garante* al menos sesenta días antes del nombramiento. Las postulaciones deberán ser recibidas al menos treinta días antes de la cita y pueden ser presentadas por personas que aseguren su independencia y tengan experiencia demostrada en el sector de la protección de datos personales, con especial referencia a las disciplinas jurídicas o informáticas.

Los vocales eligen entre sus miembros un presidente, cuyo voto prevalece en caso de empate. También eligen un vicepresidente, que asume las funciones del presidente en caso de ausencia o impedimento. Los cargos de presidente y vocal tienen una duración de siete años y no son renovables. Durante todo el período de su mandato, el presidente y los vocales no pueden ejercer, bajo pena de caducidad, ninguna actividad profesional o de asesoramiento, ni remunerada, ni ser directores o empleados de organismos públicos o privados, ni ocupar cargos electivos.

En relación con el *Garante per la protezione dei dati personali*, se ha recalcado que otorgar al Parlamento el poder de nombrar sus miembros representa una mejor garantía que la atribución de este poder al Gobierno. Sin embargo, en cualquier caso, y por la dinámica de su conformación y los posibles cambios en las reglas electorales, idealmente debería garantizarse la máxima transparencia en el procedimiento de selección, a través de medidas concretas, como la posible puesta a disposición de las candidaturas o la publicidad de los CV de los seleccionados. Además, en cuanto a los requisitos subjetivos de los miembros, la exigencia de

⁴⁴ D. l. n. 196/2003, modificado por el d. l. n. 101/2018, el cual confirma que el *Garante per la protezione dei dati personali* es la autoridad de supervisión designada también para la aplicación del Reglamento General sobre la Protección de los Datos Personales (UE) 2016/679.

perfiles altamente competentes debería permitir excluir a postulantes de perfil eminentemente político, que por su extracción estarían inclinados a reproducir patrones de toma de decisiones políticas. Finalmente, cuánto menos genéricas sean las fórmulas previstas en la ley para identificar los requisitos subjetivos para el nombramiento de los miembros, mayor es la posibilidad de ejercer control respecto de los procedimientos de nombramiento.⁴⁵

En Argentina, la l. n. 27.275/2016 establece que la Agencia de Acceso a la Información Pública estará a cargo de un Director, con rango y jerarquía de Secretario, que durará cinco años en el cargo, con posibilidad de ser reelegido por una única vez. El Director será designado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante un procedimiento de selección público, abierto y transparente que garantice la idoneidad del candidato (artículo 20 y 22).

Dicho procedimiento, descrito en el artículo 21, se inicia con la propuesta de parte del Poder Ejecutivo de un candidato, cuyos antecedentes curriculares se publican por el término de tres días en el Boletín Oficial y en dos diarios de circulación nacional.

Luego, la norma prevé una instancia en la que los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios, las asociaciones profesionales y las entidades académicas pueden realizar observaciones respecto del candidato propuesto. Asimismo, el Poder Ejecutivo puede requerir opinión a organizaciones de relevancia en el ámbito profesional, judicial y académico.

Finalizada la etapa dedicada a formular observaciones y recabar opiniones, el trámite continúa con la celebración de una audiencia, en la que se evalúan las observaciones presentadas. Seguidamente, el Poder Ejecutivo debe decidir si confirma o retira la candidatura. Si la retira, debe proponer un nuevo candidato y reiniciar el procedimiento de selección.

El procedimiento descrito está inspirado en el decreto del 19 de junio de 2003, n. 222, que establece el trámite que debe seguir el Poder Ejecutivo en el ejercicio de la facultad que le confiere artículo 99, inciso 4° de la Constitución Nacional para el nombramiento de los magistrados de la

⁴⁵ A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, cit.; A. FROSINI, *Il coordinamento tra parlamenti nazionali e autorità indipendenti: il caso delle autorità garanti per la protezione dei dati personali*, en *Nomos*, 1/2016.

Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁶. Este mecanismo es elogiado en tanto previene una excesiva burocratización en la selección del Director de la AAIP y profundiza la transparencia y la participación ciudadana en la adopción de decisiones institucionales, lo cual se traduce en una instancia de control social. De ello derivaría mayor prestigio, credibilidad social y legitimidad del organismo de control en materia de acceso a la información pública⁴⁷.

Sin perjuicio de las bondades recién señaladas, debe mencionarse que la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública señala que, a fin de aumentar la confianza en la institución, es preferible que participen en el procedimiento de selección tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo⁴⁸.

Finalmente, se advierte que, a diferencia de lo que ocurre en Italia donde los interesados presentan su candidatura luego de realizada la convocatoria y los miembros de la autoridad son elegidos por el Parlamento, en Argentina la elección del candidato a ocupar el cargo de Director de la Agencia es realizada por el Poder Ejecutivo, y es también el Poder Ejecutivo quien, finalmente, aprueba su designación en el cargo. Además, se observa que la conducción de la autoridad de control se encuentra a cargo de un sólo miembro, el Director, y no de un cuerpo colegiado, como el *Collegio* en el caso del *Garante per la protezione dei dati personali*. Para la autoridad de control argentina, estos dos aspectos expresan, por un lado, una clara cercanía entre el órgano de conducción y el Presidente de la Nación y, por el otro, una potencial mayor permeabilidad a la influencia política en sus decisiones.

En lo que respecta al procedimiento de remoción, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea indica que los miembros serán destituidos únicamente en caso de conducta irregular grave o si dejan de cumplir las condiciones exigidas en el desempeño de sus funciones (artículo 53, punto 4).

⁴⁶ Según el artículo 99, inciso 4º de la CN, el Presidente de la Nación “*nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto*”.

⁴⁷ Ver M. I. BASTIERRA, *Acceso a la información pública y transparencia*, Buenos Aires, 2017, 218-221; y Secretaría de Asuntos Políticos e Institucionales del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación, *Ley de Acceso a la Información Pública Comentada*, Buenos Aires, 2016, 75-76.

⁴⁸ Ver punto 56.

En Argentina, en cuanto a la remoción del Director de la Agencia de Acceso a la Información Pública, el artículo 27 de la l. n. 27.275/2016 enumera taxativamente las causales por las cuales procede: mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes. En relación con el procedimiento, la norma dispone que lo lleva adelante el Poder Ejecutivo, y prevé la intervención de una comisión bicameral del Congreso de la Nación, presidida por el Presidente del Senado e integrada por los Presidentes de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Derechos y Garantías de la Cámara de Senadores, por un lado, y los Presidentes de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Libertad de Expresión de la Cámara de Diputados, por el otro. La comisión bicameral emite un dictamen vinculante.

Removido de su cargo y producida la vacante, en un plazo no mayor a treinta días debe realizarse el procedimiento del artículo 21 para la designación de una nueva autoridad.

Al respecto, debe mencionarse que el proyecto de ley en su redacción original -elaborado y remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación- establecía el carácter no vinculante del dictamen emitido por la comisión bicameral del Congreso, aspecto que fue modificado durante el trámite legislativo.

En definitiva, el procedimiento de remoción consagrado en la l. n. 27.275/2016 limita la discrecionalidad del Presidente. De este modo, el mecanismo cumple con el estándar sugerido en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública⁴⁹ y supera las observaciones formuladas por las organizaciones de la sociedad civil y expertos en la materia.⁵⁰ Asimismo, resulta acorde al estándar establecido en el artículo 53, punto 4 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, esto es, remoción del director en caso de incurrir en una “conducta irregular grave”.

⁴⁹ Ver punto 59.

⁵⁰ Ver “Aportes para una ley de acceso a la información pública”, en www.acij.gon.ar, 2016. Asimismo, con posterioridad a la sanción de la l. n. 27.275/2016, organizaciones de la sociedad civil y especialistas en la materia propusieron un “Acuerdo social anticorrupción”, en el marco del cual recomendaron que en todos los poderes del Estado se establecieran procedimientos de selección de los titulares de los órganos garantes con concurso público de oposición de antecedentes, que permitieran la participación ciudadana y requirieran la aprobación legislativa. Disponible en www.acuerdoanticorrupcion.org, 2019.

4.4. *Poder cuasi jurisdiccional y control de los actos de la autoridad*

El artículo 77 del Reglamento europeo dispone que, sin perjuicio de cualquier otro recurso administrativo o acción judicial, todo interesado tendrá derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control, si considera que el tratamiento de datos personales que le conciernen infringe este Reglamento (punto 1º).

Por su parte, el artículo 78 establece que toda persona física o jurídica tendrá derecho a la tutela judicial efectiva contra una decisión jurídicamente vinculante de la autoridad de control, o en el caso en que la autoridad de control no dé curso a una reclamación o no informe al interesado en el plazo de tres meses sobre el curso o el resultado de la reclamación presentada en virtud del artículo 77 (punto 2º).

En Italia, el artículo 140 *bis* del *Codice in materia di protezione dei dati personali* prescribe que las personas que consideren vulnerados sus derechos en materia de protección de datos personales pueden, alternativamente, presentar una reclamación ante el *Garante* o interponer una acción judicial. Asimismo, precisa que no podrá presentar una reclamación quien haya iniciado la acción judicial, así como tampoco podrá interponer una acción judicial quien haya presentado la reclamación ante el *Garante*, salvo que hubiese transcurrido el plazo fijado para resolver la reclamación.

La acción judicial es una herramienta de defensa a la cual las personas pueden apelar contra las decisiones jurídicamente vinculantes adoptadas en su contra por la autoridad de control. En concreto, los actos del *Garante* susceptibles de ser impugnados judicialmente son los que rechazan o desestiman las reclamaciones (artículo 143, inciso 4º del *Código*), así como también los adoptados luego de sustanciado un procedimiento por infracciones administrativas (artículos 166 del *Código* y 83 del Reglamento europeo). Además, conforme el artículo 78 del Reglamento europeo, cualquier persona podrá interponer la acción judicial si la autoridad de control no ha dado curso a una reclamación o no ha informado al interesado en el plazo de tres meses sobre el curso o el resultado de la reclamación. A su vez, procede a fin de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (artículo 82 del Reglamento europeo). El proceso judicial tramitará ante el juez ordinario (artículo 152 del *Código*), regulación considerada razonable dado que se encuentra en juego un derecho personal.⁵¹

⁵¹ F. PARODO, *La tutela del diritto alla protezione dei dati personali: l'effettività dei rimedi e*

En Argentina, del mismo modo, es considerado constitucional que los órganos o entes de la administración pública realicen función materialmente judicial (cuasi jurisdiccional), siempre que sus actos se encuentren sujetos a control judicial suficiente.⁵²

En otro orden, el decreto-ley del 3 de abril de 1972, n. 19.549 -Ley de Procedimiento Administrativo- y el decreto del 3 de abril de 1972, n. 1759, y sus normas modificatorias, establecen un conjunto de recursos administrativos que permiten el control de parte de los órganos jerárquicamente superiores de los actos administrativos dictados por los inferiores, y el control de parte de los órganos de la administración central (Presidente, Jefe de Gabinete de Ministros, Ministros, Secretarios, etcétera) respecto de los actos administrativos dictados por los entes autárquicos. En este último caso, existe un vínculo de tutela o control administrativo que implica una relación de dirección -no jerárquica-, la cual admite que mediante la interposición de un *recurso de alzada*⁵³ se puede controlar la legitimidad y, según el caso, la oportunidad, el mérito y la conveniencia del acto administrativo dictado por la máxima autoridad del ente autárquico. Se advierte que la procedencia de este tipo de recursos afectaría la independencia de la autoridad debido a que existiría control de sus actos por parte de los órganos de la administración pública central.

En lo que concierne al caso, el artículo 14 de la l. n. 27.275/2016 establece que las decisiones en materia de acceso a la información pública pueden ser impugnadas, a opción del interesado, ante un juez de primera instancia en lo contencioso administrativo federal, o mediante el reclamo administrativo ante la Agencia de Acceso a la Información Pública. A su vez, según los artículos 14 y 17, el reclamo interpuesto ante la Agencia sustituye los recursos administrativos previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos -d. n. 19.549/1972- y su decreto reglamentario, y la decisión de la Agencia que resuelve el reclamo podrá ser controlada

il ruolo nomofilattico del Comitato europeo per la protezione dei dati personali, en www.federalismi.it, 25/2021; C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, en www.giustizia-amministrativa.it, 24/07/2018; R. DE NICTOLIS, *I protocolli tra Autorità amministrative indipendenti e giurisdizione amministrativa*, en www.giustizia-amministrativa.it, 24/07/2018; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fernández Arias”, 1960, *Fallos*, 247: 646, y “Ángel Estrada”, 2005, *Fallos*, 328: 651.

⁵³ Artículos 94 a 98 del d. n. 1759/1972.

directamente por un juez. Así, el régimen especial de la l. n. 27.275/2016 desplaza el régimen recursivo general y, consecuentemente, no procede el recurso de alzada contra los actos dictados por la Agencia de Acceso a la Información Pública, lo cual favorece su independencia respecto del poder central.⁵⁴

Por su parte, la l. n. 25.326/2000 sobre Protección de Datos Personales y el d. n. 1558/2001 sientan un régimen que contempla la posibilidad de interponer la acción judicial de *habeas data* (conforme artículo 43 de la Constitución y artículos 33 a 46 de la ley) y presentar una denuncia ante la autoridad de aplicación (artículos 14 y 31 del decreto reglamentario). Luego, el artículo 31 del decreto reglamentario establece que contra las sanciones administrativas aplicadas por la autoridad procederá la vía recursiva prevista en el d. n. 1759/72.

No obstante ello, la Agencia sostiene una postura según la cual los recursos de alzada contra sus decisiones resultan inadmisibles. En apoyo de esta postura, cita el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y su Protocolo Adicional del año 2001, el que debe aplicar para evitar incurrir en responsabilidad internacional y, en particular, refiere que, según el artículo 1º, inciso 4º del Protocolo, las decisiones de la autoridad de control serán recurribles ante tribunales judiciales, para evitar instrucciones o inferencias de los otros poderes del Estado y resguardar su independencia.⁵⁵

En conclusión, sea por su regulación formal o por decisión de la propia autoridad, en Argentina, al igual que en Italia, no existe control de las decisiones de la autoridad por parte del poder político, sino que el control es ejercido directamente por el Poder Judicial.

4.5. *Autonomía organizativa y financiera*

A fin de resguardar la independencia de la autoridad de control, el artículo 52 del Reglamento europeo prescribe que cada Estado garantizará que en todo momento disponga de los recursos humanos, técnicos y

⁵⁴ Ver un análisis sobre el tema en M. ALDERETE, *Límites al control del Poder Ejecutivo Nacional sobre los actos de la Agencia de Acceso a la Información Pública*, en *La Ley*, A/2022, 511 ss.

⁵⁵ Ver a modo de ejemplo la resolución del 29 de julio de 2021, n. 103/2021, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/aaip/buscador-normativa>.

financieros, así como también de la infraestructura necesaria para el cumplimiento efectivo de sus funciones y el ejercicio de sus poderes (punto 4). Asimismo, cada Estado garantizará que la autoridad elija y disponga de su propio personal, el cual estará sujeto exclusivamente a su autoridad (punto 5).

Por otro lado, deberá garantizar que la autoridad esté sujeta a un control financiero que no afecte su independencia, y disponga de un presupuesto anual, público e independiente, que podrá formar parte del presupuesto general del Estado (punto 6).

Por su parte, el *Codice* establece que mediante el dictado de un reglamento el *Garante* define la organización y funcionamiento de la Oficina, a los efectos del desempeño de las tareas y el ejercicio de las competencias, así como también el régimen de carrera y los mecanismos de selección del personal, la distribución de la planta de personal entre las diferentes áreas, el tratamiento jurídico y económico del personal, teniendo en cuenta las necesidades funcionales y organizativas específicas, la gestión administrativa y la contabilidad (artículo 156, punto 3).

Asimismo, prevé que la autoridad cuente con una planta permanente de personal, así como también que recurra a empleados del Estado o de otras administraciones públicas y contrate personal por tiempo determinado o asesores, todo ello con ciertos límites (artículo 156, puntos 4 a 7).

Finalmente, dispone que los gastos de funcionamiento del *Garante*, de conformidad con el artículo 52, punto 4 del Reglamento europeo, incluidos los necesarios para garantizar su participación en los procedimientos de cooperación y el mecanismo de coherencia introducidos por el Reglamento, así como los relacionados con los recursos humanos, técnicos y financieros, la infraestructura necesaria para el cumplimiento efectivo de sus tareas y el ejercicio de sus competencias, corren a cargo de un fondo asignado a tal efecto en el presupuesto del Estado, registrado en una misión y un programa específicos de gasto del Ministerio de Economía y Hacienda. El informe de gestión financiera está sujeto al control del Tribunal de Cuentas (artículo 156, punto 8).

En Argentina, el poder de la Agencia de Acceso a la Información Pública para diseñar su propia estructura orgánica y designar a su planta de agentes ha sido limitado por el Poder Ejecutivo mediante decreto de necesidad y urgencia. La redacción original de la l. n. 27.275/2016 disponía que era una competencia propia de la Agencia. Sin embargo,

luego de la modificación introducida por el d. n. 746/2017, el artículo 24, inciso a) atribuye a la Agencia la facultad de “[e]laborar y proponer para su aprobación, el diseño de su estructura orgánica, y designar a su planta de agentes, conforme a la normativa vigente en materia de designaciones en el ámbito de la Administración Pública Nacional”. Según la actual redacción, en la organización de la Agencia interviene el Jefe de Gabinete de Ministros, en cuya esfera actúa el ente, razón por la cual esta reforma es considerada limitativa de la autonomía funcional del ente⁵⁶.

Por otro lado, el artículo 25 dispone que la Agencia contará con el personal técnico y administrativo que establezca la ley de presupuesto general de la administración nacional, mientras que el artículo 24, inciso b) prevé la competencia de la Agencia para preparar su presupuesto anual. En Argentina, al igual que en Italia, la autoridad se encuentra financiada por recursos públicos previstos en el Presupuesto General de la Nación.

En este punto, debe tenerse en cuenta que la Agencia constituye un ente descentralizado autárquico e integra la estructura del Poder Ejecutivo Nacional. En lo que respecta a la autonomía financiera, en Argentina el régimen presupuestario de la administración descentralizada se encuentra integrado con el de la administración central. En realidad, rige el principio de centralización presupuestaria, ya que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 25 de la ley del 30 de septiembre de 1992, n. 24.156, sobre administración financiera, la Oficina Nacional de Presupuesto del Ministerio de Economía confecciona el proyecto de ley de presupuesto general sobre la base de los anteproyectos preparados por las jurisdicciones y organismos descentralizados, y con los ajustes que resulte necesario introducir. A su vez, según el artículo 37, si bien quedan reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, el Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del monto total aprobado.

Al respecto, se ha observado que la modificación del presupuesto de la autoridad por otra rama del Poder Ejecutivo genera una dependencia que puede socavar la autonomía presupuestaria del ente y, finalmente, afectar su autonomía funcional.⁵⁷

⁵⁶ Ver M. I. BASTERRA, cit., 242-243.

⁵⁷ En efecto, se ha indicado que *“la soberanía presupuestaria es un componente significativo de la independencia y autonomía general. Si la comisión tiene atribuciones con su propia partida*

5. Conclusiones

De lo expuesto anteriormente podemos inferir las siguientes conclusiones.

En primer lugar, más allá de las diferentes opiniones en relación con las autoridades independientes en Argentina, encontramos que, al igual que en Italia, la creación de una autoridad garante de la protección de datos personales con autonomía funcional respecto de los poderes políticos encuentra fundamento constitucional. Ello, en la medida en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos –con jerarquía constitucional conforme lo establece el artículo 75, inciso 22 CN– garantiza los derechos fundamentales a la privacidad y al acceso a la información pública, y sus órganos de interpretación y aplicación se han encargado de señalar la importancia de la independencia de la autoridad de control para el cumplimiento de sus fines. Asimismo, del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y sus Protocolos, con jerarquía superior a las leyes conforme surge de aquel artículo de la CN, se desprende que la autoridad debe actuar con independencia, sin solicitar ni recibir instrucciones. El incumplimiento de estos compromisos internacionales podría comprometer la responsabilidad internacional de Argentina.

Por otro lado, de la comparación realizada surge que el sistema argentino, a diferencia del italiano, presenta un presidencialismo fuerte, caracterizado por la potestad del Presidente de dictar decretos de naturaleza legislativa, con un débil control de parte del Congreso de la Nación. Este rasgo, en el caso concreto de la autoridad de control argentina, significó una modificación –mediante decreto de necesidad y urgencia– de su régimen legal, que menguó su autonomía organizativa y amplió la influencia de la administración central sobre la determinación de su estructura y su personal. Claro está que no es posible trasladar directamente las bondades del

presupuestaria en el presupuesto, se ve menos obligada ante un ministerio u órgano específico para proponer y promover sus necesidades financieras. En casos, por ejemplo, en que un ministerio de la rama ejecutiva sea el encargado de presentar el presupuesto de la Comisión a la rama ejecutiva para su aprobación, existe una dependencia inherente creada con esa institución ‘anfitriona’. La Ley Modelo prevé la autonomía fiscal permitiendo que la Comisión presente sus necesidades presupuestarias directamente a la legislatura’. Ver El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, cit., 31.

sistema parlamentario italiano a la realidad Argentina, pero es necesario recalcar la importancia de modificar la l. n. 26.122/2006 a los efectos de reforzar el control del Congreso, disponer que la convalidación parlamentaria de este tipo de decretos requiera la aprobación de ambas Cámaras y establecer, como ocurre en Italia, un plazo determinado dentro del cual el Congreso debe transformarlos en ley, so pena de quedar derogados.

En cuanto a los procedimientos de designación y remoción, notamos que en Argentina el régimen es adecuado en lo que respecta a la remoción del Director de la Agencia, en línea con los estándares interamericanos y la regulación europea. Sin embargo, el procedimiento de selección y designación se encuentra totalmente a cargo del Presidente de la Nación, quien propone y designa al Director, en contraposición con las recomendaciones recibidas durante el tratamiento parlamentario del proyecto de ley de creación de la autoridad. Siguiendo la experiencia Italiana, sugerimos el establecimiento de mecanismos complejos de designación, que requieran la intervención del Congreso de la Nación, ya sea a través de un dictamen positivo vinculante, ya sea poniendo directamente en cabeza de los Presidentes de la Cámaras o de algunas de sus Comisiones la designación del titular de la Agencia. Es importante generar los mecanismos que permitan asegurar que no exista afinidad política ni de ningún tipo entre el Poder Ejecutivo y el titular de la Agencia, máxime considerando que la autoridad tiene un órgano de conducción unipersonal y no colegiado. Ello permitiría morigerar la influencia del Presidente en las futuras decisiones del Director, así como también reforzar la legitimidad de la autoridad, que tiene a su cargo controlar al propio Poder Ejecutivo.

En Argentina, a diferencia de lo que ocurre en Italia, esta propuesta se enfrenta al desafío de un sistema constitucional que otorga atribuciones al Poder Ejecutivo vinculadas con la organización administrativa, tales como la posibilidad de intervenir los órganos y entes de la administración pública -es decir, excluir a los miembros designados- (artículo 99, inciso 1° CN) y designar y remover, por sí solo, a los empleados cuyo nombramiento no esté reglado de otra forma en la Constitución Nacional (artículo 99, inciso 7°). Sin embargo, debe concluirse que la propia Constitución contrapone a dichas facultades el deber de garantizar derechos fundamentales, que debe cumplirse mediante el refuerzo de la independencia de la autoridad a través de procedimientos de selección y designación que pongan a sus miembros a reparo de la influencia política.

El régimen de la Agencia se asemeja al del *Garante* en lo que respecta al control de los actos de la autoridad, los cuales pueden ser cuestionados ante un juez, pero no pueden ser revisados por los órganos políticos -en particular por los órganos de la administración central-, de modo que se resguarda la autonomía en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, es relevante señalar la necesidad de reformar el régimen argentino de protección de datos personales para eliminar definitivamente la previsión que admite la posibilidad de interponer recursos administrativos contra las decisiones de la Agencia que imponen sanciones administrativas.

Finalmente, en cuanto a la autonomía financiera, notamos que el riesgo de depender de una asignación en el presupuesto general del Estado es compartido por la Agencia y el *Garante*, y se manifiesta principalmente cuando el gobierno propone el recorte del gasto público y, por tanto, la reducción de la partida destinada a la autoridad. En particular, en el caso de Argentina, la facultad concedida por ley al Poder Ejecutivo de modificar el destino de las asignaciones presupuestarias legalmente establecidas es sumamente amplia y, por tanto, amenazante para una autoridad que integra la administración pública como ente autárquico. Como enseña la experiencia italiana, una forma de contrarrestar este posible condicionamiento es generar vías de autofinanciamiento de la autoridad, por ejemplo, a través del aporte de los sujetos controlados, sin afectar el principio de gratuidad que rige el procedimiento administrativo a favor de las personas que realicen sus denuncias o reclamaciones ante la autoridad.

Hemos visto que el grado de autonomía funcional de un ente puede medirse en función de ciertas herramientas previstas en sus regímenes, tales como la jerarquía de la norma de creación del ente, las funciones otorgadas, el procedimiento de designación y remoción de los miembros de los órganos de conducción, la estabilidad de sus miembros, los requisitos y las incompatibilidades establecidas, la duración de su mandato, el control de los actos por los poderes políticos, la autonomía organizativa y presupuestaria, la cantidad y especialización del personal. En el presente trabajo hicimos foco en algunas de aquéllas con el propósito de revelar aspectos problemáticos y proponer ideas para fortalecer la independencia de la Agencia de Acceso a la Información Pública, inspirados en el régimen de una autoridad administrativa independiente italiana con las mismas funciones de garantía.

El trabajo debe continuar con la meta promover un ámbito de debate

y nuevas propuestas tendientes a garantizar la autonomía funcional de la Agencia de Acceso a la Información Pública, pues de aquélla depende el adecuado cumplimiento de los fines para los que fue creada: la protección de nuestros derechos fundamentales a la privacidad y al acceso a la información pública.

Abstract

Il presente contributo si propone di offrire un'analisi comparativa delle autorità amministrative incaricate di vigilare sull'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali. In particolare, vengono esaminati gli strumenti giuridici e istituzionali che garantiscono l'indipendenza del Garante per la protezione dei dati personali in Italia, con l'obiettivo di elaborare, a partire dall'esperienza italiana, spunti e proposte utili per il rafforzamento del sistema argentino.

Comparative analysis of independent administrative authorities in Italy and Argentina. The case of the personal data protection authority

This paper aims to provide a comparative analysis of administrative authorities responsible for overseeing the implementation of data protection legislation. In particular, it examines the legal and institutional instruments that ensure the independence of the Italian Data Protection Authority, with the objective of developing, based on the Italian experience, insights and proposals useful for strengthening the Argentine system.

The President in Sub-Saharan Africa: constitutional guardian or hyper-presidential drift?

di Giovanna Santagati

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Presidential Role in Recent Sahelian History. – 3. Defining the Role of the President. – 3.1. The Powers of the President: Scope and Influence – 3.2. Emergency powers – 3.2.1. Burkina Faso: Navigating Crisis and Power – 3.2.2. Mali: Presidential Authority Amidst Security Challenges – 3.2.3. Senegal: Stability or Presidential Overreach? – 4. Conclusions

1. Introduction

Presidentialism and democracy have always been a subject of great interest among comparative law scholars¹. Eminent literature has, in fact, demonstrated that there is a definitive correlation between the organization of power within a state, which is referred to as the form of state, and the actual functioning of the institutions of that state, which is known as the form of government². More precisely, scholars suggest that parliamentary systems have historically demonstrated a greater capacity to enhance democratic governance³, and that a presidential⁴ or semi-presi-

¹ J.A. CHEIBUB, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, Cambridge, 2007; S. Mainwaring and M.S. SHUGART, *Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal*, in *Comparative Politics*, vol. 29, n. 4, 1997; B. CARAVITA, *Il presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo: i poteri di nomina e di scioglimento*, in *Federalismi*, 2010, 3.

² As already noted by MORTATI: «Il problema delle “forme di governo” non può essere considerato in maniera del tutto staccata da quello delle “forme di Stato” [perché] rappresentano i due aspetti di un unico fondamentale problema: quello che attiene al modo di essere del rapporto tra Stato-autorità e Stato-società», cf. C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 3.

³ S. MOESTRUP, *Semi-presidentialism in Africa: Patterns and Trends*, in *Semi-presidentialism and Democracy*, London, 2011. According to MEZZETTI: «La forma di governo presidenziale denota rispetto alla forma di governo parlamentare una minore funzionalità ai fini del consolidamento democratico. Il novero dei poteri e delle funzioni di rilevante peso specifico normalmente attribuite al capo dello Stato in seno alle forme di governo presidenziali, fattore cui spesso si aggiunge -come si è visto- un fragile ovvero frammentato sistema politico partitico ha prodotto deriva autoritaria di tipo presidenzialista», cf. L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte: Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino, 2000, 137-272.

⁴ In a presidential system, the President is part of the executive but remains a

dential⁵ form of government, which by its very nature, favors a prevalence of the executive over the legislative power, can be less conducive to the flourishing of democratic institutions⁶. Indeed, in systems where the executive tends to concentrate a preeminent share of political authority, the institutional design must provide for robust mechanisms of checks and balances to ensure accountability and prevent authoritarian drift. The comparative experience of the United States and France, respectively embodying presidential and semi-presidential systems, offers a useful analytical framework to understand the consequences of different configura-

separate entity from the Government. The executive power is not collegial, as the President is both head of State and head of Government, independently elected and not accountable to Parliament. In a semi-presidential system, the executive is led by the Prime Minister, who is accountable to Parliament, while the President holds varying degrees of authority but is not formally part of the Government.

⁵ The category of semi-presidentialism was introduced by M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1970, but is debated in literature. Some authors refer to a parliamentary form of government with a presidential tendency, cf. J.C. COLLIARD, *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, 1978, 280 ff.; B. FRANÇOISE, *Le régime politique de la Ve République*, Paris, 2011, 29 ff. Other scholarship refers to a presidential form of government, cf. C. ÉMERI, *L'ingénierie constitutionnelle de la Ve République*, 1996; C. Leclercq, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1981; J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2007, 565. TARCHI, for instance, introduces a distinction between forms of government “with presidential and parliamentary components”. In his opinion, in order to be classified as semipresidential, a form of government must not only provide for the direct election of the head of State, but also attribute important powers to him, cf. R. TARCHI, *Riflessioni in tema di forme di governo a partire dalla dottrina Mauro Volpi*, in *DPCE online*, vol. 49, n. 4, 2021. Indeed, this particular form of government diverges both from a parliamentary model, largely due to the direct election of the President of the Republic, and from a presidential model, due to the confidence relationship between the Parliament and the Government.

⁶ G. CONAC, *Semi-presidentialism in a Francophone Context*, in R. ELGIE and S. MOESTRUP (Eds), *Semi-presidentialism Outside Europe*, London, 2007, 78-91. Semi-presidentialism, in addition to potentially create a conflict between the two heads of executive power, can exacerbate the shortcomings of presidential systems, such as the rigidity of the relation among different powers and divided government, while simultaneously introducing shortcomings of parliamentary systems, such as the instability of governing coalitions, cf. R. ELGIE, *Divided Government in Comparative Perspective*, Oxford, 2001. In fact, semi-presidentialism «in paesi caratterizzati da un funzionamento, nel migliore dei casi, solo semi-democratico delle istituzioni, ha dato vita a situazioni fondate per lo più su un netto squilibrio tra i poteri a vantaggio di quello esecutivo e del Presidente eletto dal popolo», cf. G. MORBIDELLI, *Comparative Public Law*, Torino, 2016, 449.

tions of executive power⁷. The United States Constitution is emblematic of a system built upon the doctrine of checks and balances, wherein each branch of government is endowed with tools to limit the other branches⁸. The President and Congress are separately elected, possess distinct mandates, and are endowed with significant constitutional instruments to limit each other. This structure, rooted in Federalist thinking⁹, is designed to prevent the dominance of any single branch, particularly the executive. By contrast, the French Fifth Republic, reflects a more nuanced configuration¹⁰. It introduces a semi-presidential system combining a directly elected President with a Prime Minister responsible to Parliament. While this dual executive was meant to ensure both legitimacy and accountability, in practice the balance has tilted towards the primacy of the President, particularly when supported by a parliamentary majority¹¹.

A compelling dimension of this analysis lies in exploring how different countries have adopted such forms of government to align with their unique sociopolitical contexts and the strategic ambitions of their leader-

⁷ According to Sartori's distinction between strong and weak separation of powers, the U.S. model represents a case of strong separation, where the executive and the legislative branches are strictly divided and independently legitimized, while the French semi-presidential model reflects a hybrid or semi-separated system, with more fluid boundaries between powers, cf. G. SARTORI, *Ingegneria Costituzionale Comparata*, Bologna, 2013.

⁸ Article I, Section 1 of the U.S. Constitution vests legislative powers in the Congress of the United States, itself divided into a House of Representatives and a Senate. Article II, Section 1 vests executive authority in the President of the United States. Article III, Section 1 vests judicial authority in the Supreme Court of the United States.

⁹ The Federalist Papers, particularly No. 51, emphasize the idea that "*ambition must be made to counteract ambition*", meaning that each branch of government must have tools to check the powers of the others, cf. J. MADISON, *The Federalist Papers*, n. 47–51, 1788.

¹⁰ For an analysis of the French experience, see J. ABERG and T. SEDELIUS, *A Structured Review of Semi-Presidential Study: Debates, Results and Missing Pieces*, in *British Journal of Political Science*, vol. 50, n. 3, 2020, 1117 ff; M. VOLPI, *Forma di governo semipresidenziale e V Repubblica francese. Evoluzioni dottrinali e fattuali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, November 2024, 153-168.

¹¹ Although the 2008 constitutional reform promoted by President Nicolas Sarkozy aimed to rebalance powers, for instance by strengthening the role of parliamentary commissions and enhancing the rights of the opposition, its practical effects have remained limited. As noted by Rousseau, despite constitutional amendments, the imbalance between executive initiative and parliamentary control persists, cf. D. ROUSSEAU, *La démocratie continue*, Paris, 2012.

ship. Exploring the persistence of the Presidential role reveals intriguing insights. Indeed, as will be shown by the present work, the considerable authority vested in the presidency and the executive branch in these countries makes the establishment of a robust system of democratic institutions a significant challenge. This difficulty, therefore, amplifies the inherent risks that these forms of government hide, particularly regarding the separation of powers and adherence to the principles of the rule of law. Delving into the resilience of these models and their implications offers valuable perspectives on the political dynamics and challenges faced by democracy nowadays.

This analysis will focus on three selected countries in the Sahel region¹²: Burkina Faso, Mali, and Senegal. The choice to focus on these countries is not incidental. All three are former French colonies located in the Sahel region, and they share a significant historical and legal heritage shaped by the colonial administration and, later, by the constitutional and institutional models of the French Fifth Republic. This shared legacy provides a common baseline that facilitates comparative analysis. Yet, despite this common foundation, these countries have followed markedly different constitutional trajectories. Burkina Faso and Mali have experienced repeated authoritarian regressions and constitutional disruptions, often centered on the excessive concentration of power in the presidency, a phenomenon that can be seen as an extreme appropriation of the Gaullist legacy¹³. In contrast, Senegal has maintained a relatively stable

¹² The term Sahel comes from the Arabic word *sabil* (shore), comparing the Sahara to a sea surrounded by a coast, see O.J. WALTHER and D. RETAILLÉ, *Mapping the Sahelian Space*, in L.A. VILLALÓN (Eds), *The Oxford Handbook of the African Sahel*, Oxford, 2021, 15-31. Although there is no unique definition of the Sahel region, for the purposes of this study, we have selected the definition provided by the United Nations (UN) as part of the UN Support Plan for the Sahel Countries: “*the vast semi-arid region of Africa separating the Sahara Desert to the north and tropical savannas to the south, including Burkina Faso, Cameroon, Chad, The Gambia, Guinea, Mali, Mauritania, Niger, Nigeria and Senegal*”, cf. UN Support Plan for the Sahel Countries, May 2018, available online at https://www.un.org/africarenewal/sites/www.un.org.africarenewal/files/English%20Summary%20Report_0.pdf.

¹³ In both countries, the reception of the French model went beyond the formal transposition of constitutional provisions: it included the internalization of certain unwritten norms and executive-centered practices that had marked De Gaulle's presidency during the formative decade of the Fifth Republic. These included the personalization of presidential authority, a diminished role for parliament, and

constitutional order, with regular elections, functioning institutions, and a more balanced use of presidential powers. A comparative analysis of these nations provides therefore invaluable perspectives on their distinct trajectories toward constitutional development. It underscores the factors that have enabled significant democratic advancements in some cases while also illuminating the persistent obstacles that have hindered this progress in others¹⁴.

To this end, it seems essential to begin the work with a brief overview of the historical constitutional development of these countries¹⁵,

the consolidation of a presidential “*domaine réservé*”, a space of exclusive executive competence over critical matters such as defense, foreign policy, and national security, cf. O. DUHAMEL, J. PARODI, *La constitution de la Ve République*, Paris, 1988. The result was a form of hyper-presidentialism that echoed the Gaullist emphasis on executive primacy, but without the balancing mechanisms, such as a robust administrative state or independent judiciary, that in France helped contain presidential authority, cf. E. BERTOLINI, *La perenne transizione costituzionale della Françafrique tra rottura e continuità*, Milano, 2024.

¹⁴ As argued by Hirschl, comparing countries with a common background but divergent institutional trajectories allow to well isolate and examine the specific variables that account for different outcomes. This approach, known as controlled comparison, is particularly useful when studying postcolonial states that inherited similar legal and constitutional frameworks but evolved along different political paths, cf. R. HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, 228–241. See also Saunders, who emphasizes the importance of selecting cases that share structural similarities to ensure analytical coherence, cf. C. SAUNDERS, *Towards a global constitutional gene pool*, in *National Taiwan University Law Review*, vol. 4, n. 33, 2009, and Tushnet, who underlines the value of studying similar systems to explain divergent constitutional outcomes, cf. M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 108, n. 6, 1999, 1225–1309.

¹⁵ Scholars refer to this phenomenon as constitutional transition. In the book “*Le transizioni costituzionali: sviluppo e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*”, De Vergottini defines “constitutional transition” as «un processo, un succedersi di fasi il cui risultato è la democratizzazione: dal punto di vista giuridico tale processo si polarizza sulla adozione di una costituzione», cf. G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali: sviluppo e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998, 169. This approach was then endorsed by a number of scholars. See, for instance, C.M. FOMBAD, *Challenges to Constitutionalism and Constitutional Rights in Africa and the Enabling Role of Political Parties: Lessons and Perspectives from Southern Africa*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, n. 1, 2007, 1–45; G.T. HESSEBON, *The Fourth Constitution-Making Wave of Africa: Constitutions 4.0*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 28, 2014, 185; L. DIAMOND and M. PLATTNER, *Democratization in Africa*, JHU Press, 1999.

followed by an in-depth examination of the defining features of their political systems, with particular focus on the powers of the President of the Republic. This figure, in fact, can serve as a critical lens through which to explore the challenges associated with implementing constitutional and democratic principles in these nations. By analyzing the presidency within the context of Sahelian constitutions, and one of the most relevant powers related to it, namely emergency powers, it is possible to assess the extent to which these countries uphold the principles of democracy and the rule of law. Ultimately, this study aims to understand how these states navigate the tension between the formal adoption of democratic structures and the complex, often adverse, socio-political realities on the ground and, through this, it seeks to illuminate broader lessons about the potential for democratic and constitutional evolution in the Sahel region¹⁶.

2. *The Presidential Role in Recent Sahelian History*

In the countries of the Sahel region, the executive branch, particularly the President of the Republic, has historically played a dominant and influential role. Some scholars trace this preeminence back to the pre-colonial era when governance was centered around a “chief” figure, with limited public participation in decision-making¹⁷. After gaining independence

¹⁶ In particular, with regard to the «*gaps between the normative ideals represented in constitutions and the implications of the empirical realities*», see S.J. SAPPLETON, *Constitutional Development in Postindependence Francophone West Africa: A Comparative Case Study of Senegal and Côte d'Ivoire*, in N.F. AWASOM and H.P. DLAMINI (Eds), *The Making, Unmaking and Remaking of Africa's Independence and Post-Independence Constitutions*, Berlin, 2024, 187. See also the works of Jean-Pierre Olivier de Sardan, who has documented, through empirical work, the importance of state institutions in the African context, for their role in shaping the behavior of public officials and other state agents, cf. J.-P. OLIVIER DE SARDAN, *State, Bureaucracy and Governance in Francophone West Africa: An Empirical Diagnosis, a Historical Perspective*, in *Politique Africaine*, n. 96, 2004; J.-P. OLIVIER DE SARDAN, *The Construction of States and Societies in the Sahel*, in L.A. VILLALÓN (Eds), *The Oxford Handbook of the African Sahel*, Oxford, 2021, 51-65.; T. BIRSCHENK and J.-P. OLIVIER DE SARDAN, *States at Work: Dynamics of African Bureaucracies*, Leiden, 2014.

¹⁷ GATTI, for instance, links the strong role of the President to the «*contesto culturale africano [in cui il] Capo dello Stato è la derivazione e l'espressione diretta dell'antica concezione monarchica pre-coloniale*», cf. A. GATTI, *Fortuna E Declino Del Semipresidenzialismo nell'Africa Francofona Subsahariana*, in *DPCE Online*, vol. 57, n. 1, 2023. In Sacco's opinion, the

in the 1960s, most Sahelian countries embarked on constitution-making processes that fostered the emergence of a strong presidential figure, seen as essential for overseeing the transition of power and ensuring the unity of the newly born states. The independence of Sahelian countries is closely linked to the broader process of democratization. The first “wave”¹⁸ of democratization was characterized by the adoption of Constitutions inspired by the liberal-democratic model of the former colonial power, namely the French Fifth Republic¹⁹. In particular, following the 1962 French constitutional reform, this model endowed the presidency with strong powers, significantly expanding executive authority. This is strongly reflected in the constitution of Sahelian countries. In Senegal, for instance, after the collapse of the Mali Federation²⁰, a new Consti-

centralization of powers in the hands of the President can also be traced back to the colonial design in which the Governor was very often also head of the garrison, see R. SACCO, *Il diritto africano*, Torino, 1995.

¹⁸ Huntington defines “waves of democratization” as «a group of transitions from nondemocratic to democratic regimes that occur within a specified period of time and that significantly outnumber transitions in the opposite direction during that period of times». According to the author, the first two waves ran from 1828 to 1926 and from 1943 to 1962, the third from 1974 to 1990, see S. P. HUNTINGTON, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, London, 1993, 13–33.

¹⁹ K. AHADZI, *Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain: le cas des Etats d'Afrique noire francophone*, in *Revue Afrique Juridique et Politique*, vol. 2, 2002, p. 35. The rationale behind this orientation lies in the roots of the decolonization process. French decolonization in the Sahel occurred in a relatively non-traumatic manner, largely through the devolution of power to local elites who had been selected by the colonial administration and were deemed capable of ensuring continuity of governance. As a result of their cultural and educational background, closely tied to the French system, and the overt vulnerability of these states in the immediate post-independence period, these new ruling elites readily embraced the institutional models of the former metropole. This was perceived not only as a way to consolidate domestic authority, but also as a strategic choice to maintain economic and political support from France. See G. KIEH, K. GEORGE, and P. AGBESE, *Introduction: The tragedies of the authoritarian state in Africa*, in K. GEORGE and P. AGBESE (Eds), *Reconstructing the authoritarian state in Africa*, London, 2014, pp. 1–17.

²⁰ The 1959 Constitution established the Mali Federation, comprising Senegal and Mali (then French Sudan), with Modibo Keita as Premier, and Mamadou Dia of Senegal as Vice-Premier. In December 1959, France began negotiations for the federation's independence, which culminated in the decision to grant independence on 20 June 1960. However, internal tensions between Senegal and French Sudan over power distribution led to Senegal's withdrawal from the federation. On 20 August 1960, Senegal declared independence. Both countries were recognized internationally and joined the UN by

tution was adopted in 1960, initially establishing a parliamentary system with Léopold Sédar Senghor as President and Mamadou Dia as Prime Minister. However, following Dia's failed coup attempt, President Senghor introduced constitutional amendments (*Loi n°63-22 du 7 mars 1963*) that abolished the parliamentary system, replacing it with a presidential regime that significantly strengthened executive power²¹. Similarly, in Mali, the 1960 Constitution established a presidential republic under a one-party system led by the *Union Soudanaise du Rassemblement Démocratique Africain* (US/RDA) with Modibo Keita as President. In Burkina Faso (then Upper Volta), the 1960 Constitution created a presidential system with some parliamentary elements, while Maurice Yaméogo assumed power in August 1960 as leader of the *Union Démocratique Voltaïque* (UDV), establishing a strong presidential government. In all these countries, the President quickly assumed an uncontested position of primacy over the legislative and judicial branches. Endowed with significant legitimacy through popular investiture, the President wielded extensive powers, including the authority to call elections, dissolve parliament unilaterally, hold the legislative initiative, exercise veto power over laws, and convene referendums. With few constitutional constraints, incumbents extended their tenures and repeatedly ran for election. Subsequent constitutional reforms further entrenched presidential dominance, fostering a system described as "African presidentialism"²². In

mid-September 1960, cf. W. FOLTZ, *From French West Africa to the Mali Federation*, New Haven, 1965.

²¹ After his election, President Senghor promptly initiated a campaign against the primary opponents within his government and declared the *Union Progressiste Sénégalaise* the country's sole political party. Following the attempted coup d'état by Prime Minister Mamadou Dia in 1962, Mr. Senghor abolished the office of the prime minister, transferring all executive powers to the presidency. Furthermore, he implemented restrictive censorship legislation and expanded the state security apparatus with the objective of closely monitoring political competitors.

²² "Presidentialism" is a degeneration of the "presidential system", whereby «à partir d'un schéma institutionnel mixte, le Président exerce une prépondérance de fait, au détriment du Premier ministre, instrumentalisé, et du Parlement, affaibli», see M. DE VILLIERS and A. LE DIVEILLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, 2013, 280. According to Edozie: «In essence, they became presidential systems with parliamentary roots (...). These were not presidents in the classic American manner of separation of powers and checks and balances, but frequently leaders who used the presidency to subvert and ultimately eliminate pluralist democracy», see R. K. EDOZIE, *Reconstructing the Third Wave of Democracy: Comparative African Democratic Politics*, Lanham, 2009, 59.

response to the need for national unity and stable governance, necessary to lead the countries towards economic and political development²³, Sahelian leaders introduced constitutional amendments that strengthened presidential authority²⁴, often through the removal of term limits, the creation of one-party states, and the centralization of power within the presidency. Within a short period, the very leaders who had benefited from political pluralism to rise to power moved to consolidate their authority, establishing autocratic regimes²⁵ while maintaining the facade of democratic governance²⁶.

Following periods of military rule in some Sahelian countries, includ-

²³ A. DIARRA, *Démocratie et droit constitutionnel dans les pays francophones d'Afrique noire: Cas du Mali depuis 1960*, Paris, 2010.

²⁴ In reference to the specific form of government that was established by these countries during this period, scholars have employed the term “*presidential absolutism*”, cf. L.S. E. ENONCHONG, *Constitution and Governance in Cameroon*, London, 2021, 36 or the term “*neo-presidentialism*”, cf. J. BUCHMANN, *La tendance au présidentielisme dans les nouvelles constitutions négro-africaines*, in *Civilisation*, vol. 12, n. 1, 1962, 46-74. Hyden uses the concept of the “*big man rule*”, cf. G. HYDEN, *African Politics in Comparative Perspective*, New York, 2013, 97-117.

²⁵ S.J. SAPPLETON, *Constitutional Development in Postindependence Francophone West Africa: A Comparative Case Study of Senegal and Côte d'Ivoire*, cit., 183-203.

²⁶ «Le costituzioni del cosiddetto secondo ciclo sono infatti caratterizzate dal mantenimento delle strutture precedenti, entro le quali vengono iniettati tali sgritolarne sistematicamente l'impianto (...). In quest'ultimo caso, infatti la costituzione diviene un utile schermo, vantaggioso sul fronte internazionale, per nascondere la realtà interna di autoritarismo illimitato», cf. L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte: Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, cit., 255.

ing Burkina Faso²⁷ and Mali²⁸, the 1990s marked the beginning of a new constitutional era, often described by scholars as the third “wave” of

²⁷ Indeed, the inability of post-independence governments to provide for the needs of their countries gave rise to the increasing involvement of the armed forces within the governmental apparatus. Thus, a few years after independence, from 1965 to the early 1990s, through military coups, authoritarian military regimes were established in several countries in the Sahel region. The first regime to be overthrown was that of Maurice Yaméogo in Burkina Faso, in 1966, following a series of significant protests. The resulting power vacuum enabled the military to impose itself, with Lieutenant Colonel Sangoulé Lamizana in charge of the country. In 1978, open elections were held, resulting in Mr. Lamizana's victory and subsequent tenure as president of mixed civil-military governments until the end of the 1970s. On 25 November 1980, Colonel Saye Zerbo orchestrated a coup d'état, leading to Lamizana's ousting from power. He suspended the Constitution and established the *Comité Militaire de Redressement pour le Progrès National* (CMRPN) as the supreme governmental authority. A further coup was instigated on 7 November 1982 by Major Dr. Jean-Baptiste Ouedraogo, who proceeded to transform the CMRPN into the *Conseil du salut du peuple* (CSP). The CSP maintained its prohibition on political parties and organizations while pledging a transition to civilian rule and the drafting of a new Constitution. However, internal conflict emerged between the opposing factions within the CSP. In January 1983, Captain Thomas Sankara, the prime minister, was arrested. The initiative to secure his release, spearheaded by Captain Blaise Compaoré, culminated in a military coup on 4 August 1983, that brought Mr. Sankara to power. However, the austere measures introduced by Mr. Sankara encountered mounting opposition and dissent. Finally, on 15 October 1987, Mr. Sankara was assassinated in a coup d'état, which brought Captain Blaise Compaoré to power.

²⁸ Similarly to Burkina Faso, the instability in Mali can be attributed to the inherent difficulties faced by the regime of Modibo Keita in implementing the socialist development model. This ultimately resulted in the military coup led by General Moussa Traoré on 19 November 1968. The 1974 Constitution established a one-party state under the *Union Démocratique du Peuple Malien* (UDPM) and formally revoked the political rights of individuals who had been associated with the previous regime. However, the Constitution was designed to facilitate the transition to civilian rule in Mali. The first presidential and legislative elections held under the new Constitution took place in June 1979, with Mr. Traoré receiving 99% of the votes cast. However, in the 1980s, a series of demonstrations led by students against the government started to challenge the existing regime. Traoré's government therefore allowed certain reforms, including the establishment of an independent press and independent political associations, as well as a limited multipartyism (revision of Constitution, Art. 7, in 1977). In early 1991, new protests broke out, this time with the support of government workers. On March 26, 1991, a group of military officers arrested President Traoré and suspended the Constitution. They then formed a predominantly civilian, 25-member ruling body, the *Comité de transition pour le salut du peuple* (CTSP), which appointed a civilian-led government.

democratization²⁹. Widespread protests and civil unrest forced governments to acknowledge popular demands for reform and institutionalize their power within state structures³⁰. Indeed, the failure of national leaders to fulfill their promises of development, combined with unsuccessful economic reforms and the demand for further liberalization, fueled public discontent. This period of democratization took various forms³¹. In Mali, protests in 1991 led to a coup d'état and the establishment of a transitional government. The National Conference³², held in August 1991, produced a draft Constitution emphasizing human rights, multi-party politics, and democratic elections. In a national referendum in January 1992, the new Constitution was approved, and Alpha Oumar Konaré, the candidate of the *Alliance pour la démocratie au Mali* (ADEMA), was sworn in as President on June 8, 1992. In Burkina Faso, the constitutional evolution

²⁹ S. P. HUNTINGTON, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, cit. This phase is also called the “spring” or “second liberation” of Africa, see M. M. MUTUA, *Africa and the Rule of Law*, in *International Journal on Human Rights*, vol. 13, n. 23, 2016, 159–173.

³⁰ R. IDRISSE, *The Dialectics of Democratization and Stability in the Sahel*, in L. A. VILLALÓN and R. IDRISSE (Eds), *Democratic Struggle, Institutional Reform, and State Resilience in the African Sahel*, Lanham, 2020, 191–210.

³¹ In this context, we borrow the concepts of liberalization and democratization as defined by Bratton and van de Walle, according to whom: «three concepts capture together the vital core and watershed events of a regime transition: political protest, political liberalisation and democratization», cf. M. BRATTON and N. VAN DE WALLE, *Neopatrimonial regimes and political transitions in Africa*, in *World Politics*, vol. 46, n. 4, 1995, 282 ff. For “liberalization” the authors identify the measures adopted by governing bodies to limit and democratize power. Conversely, “democratization” is understood as the actual implementation of these measures within the new constitutional order. Four models of liberalization are thereby identified: managed transitions, national conferences, rapid elections and pacted transitions. Among the countries analyzed in this work, Mali liberalized through a national conference, Burkina Faso experienced a managed transition, while Senegal had rapid elections. Similarly, four models of democratization are posited: precluded, blocked, imperfect and democratic. Thus, according to the authors, Senegal and Mali underwent a democratic transition, whereas in Burkina Faso, this transition was imperfect.

³² «Il modello della conferenza nazionale, unicum africano, oltre a guidare e orientare il processo di transizione, prelude alle istituzioni che dovrebbero reggere il nuovo regime. Coinvolgendo un ampio spettro di forze politiche, economiche, religiose e sociali del paese, impone la conciliazione degli opposti interessi e soprattutto delle visioni sui futuri assetti costituzionali e politici», cf. L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte: Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, cit., 202 e 580.

manifested as a “guided democratization”³³, where the leader of the uprisings played a central role in steering the transition while preserving his political and economic dominance. Indeed, after seizing power through a coup in 1987, Blaise Compaoré convened a Constitutional Commission, resulting in the drafting of a new Constitution, which was approved by referendum in June 1991. The lack of sovereignty and transparency of this commission was contested by the opposition, which boycotted the 1991 elections, allowing Mr. Compaoré to secure an uncontested victory and inaugurate his twenty-seven years of presidential power. In Senegal, multipartyism was partially restored only in the 1970s, when President Senghor initially permitted only three parties to participate in the political system (*Loi constitutionnelle n° 76-01 du 19 mars 1976*), then a fourth (*Loi constitutionnelle n° 78-60 du 28 décembre 1978*). Full multi-party democracy was reintroduced in 1981 with Senghor’s resignation³⁴, allowing his successor, Abdou Diouf, to remove these constitutional constraints (*Loi n°1981/17 du 6 mai 1981*) and implement further political and economic reforms.

Despite renewed democratic aspirations, fundamental challenges to governance in the Sahel remained unresolved. Indeed, these countries chose to adopt Constitutions largely inspired by the French semi-presidential model³⁵. Thus, while constitutional provisions emphasized sover-

³³ R. JOSEPH, *Democratization in Africa after 1989: Comparative and theoretical perspectives*, in *Comparative Politics*, vol. 29, n. 1, 1997, 363-382.

³⁴ Thus declaring the end of the “African holiday” (“*la fête africaine est finie*”), see R. IDRISSE, *The Dialectics of Democratization and Stability in the Sahel*, cit., 191-210.

³⁵ «Il modello francese della Quinta Repubblica è risultato particolarmente attrattivo nella terza ondata di costituzionalizzazione, quella che ha investito i paesi. Una possibile chiave di lettura di questa tendenza generalizzata può essere individuata nell’esigenza di qualificare l’organo presidenziale come elemento di identificazione e di unità nazionale», cf. R. TARCHI, *Riflessioni in tema di forme di governo a partire dalla dottrina Mauro Volpi*, in *DPCE Online*, vol. 49, n. 4, 2022. See also Solazzo: «Il regime semipresidenziale era l’unica effettivamente percorribile nel 1992 perché in grado di conciliare, con le sue “virtualità multiple”, il desiderio di avere un Presidente legittimato ad agire su più fronti, alla necessità di limitarlo per evitare di incappare nuovamente in situazioni dittatoriali», cf. M. SOLAZZO, *La quarta Repubblica maliana: analisi di una Costituzione divisiva*, in *DPCE Online*, vol. 65, n. 3, 2024.

eignty of people³⁶, a reinvigoration of electoral processes³⁷, and human rights³⁸, the President retained an overwhelming dominance³⁹ and the single-parties were transformed into dominant⁴⁰ and catch-all ones⁴¹. This

³⁶ See the Constitution of Mali, 1992, Art. 25: “*Le Mali est une République indépendante, souveraine, indivisible, démocratique, laïque et sociale*”; Constitution of Burkina Faso, 1991, Art. 31: “*Le Burkina Faso est un Etat démocratique, unitaire et laïc*”; Constitution of Senegal, 2001, Art. 1: “*La République du Sénégal est laïque, démocratique et sociale (...). Le principe de la République du Sénégal est : gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple*”.

³⁷ In the majority of cases, provisions pertaining to multipartyism were safeguarded by excluding them from subjection to constitutional review (e.g. Const. Mali, 1992, Art. 122, now Art. 185).

³⁸ As evidenced by the extensive catalogues of freedoms that also reflect the impact of international treaties and pacts on the protection of human rights, such as the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948 and the African Charter on Human and Peoples’ Rights of 27 June 1981, to which each of the three countries is committed.

³⁹ «*The debate on the causes of such persistence oscillates between ‘cultural’ explanations, focused on the traditions and practices of African kingship, and ‘rationalist’ accounts, which point out that the pending tasks of national integration and socio-economic development, together with the lack of a liberal and parliamentary background that can be traced back to the colonial era, still support the centrality of the state and of executive administration as vehicles for development*», cf. M. ROSENFELD and A. SAJÓ (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 637 ff.

⁴⁰ Cabanis refers to “*anarchist multipartyism*” functional to support the ambitions of some people, cf. A. CABANIS and M. L. MARTIN, *Les constitutions d’Afrique francophone: évolution actuelles*, Paris, 1999, p. 26. Gatti speaks of “*partially competitive dominant party system*”: «*Si è in presenza di sistemi a partito dominante allorché un partito o una coalizione ottenga regolarmente un elevato numero di seggi, tale da consentirgli di governare da solo, mentre la presenza di altri partiti è tollerata solo nella misura in cui essi non rischiano di divenire maggioranza di governo*», cf. A. GATTI, *Fortuna E Declino Del Semipresidenzialismo nell’Africa Francofona Subsahariana*, cit. According to Mezzetti the single-party system was replaced by «*sistemi di monopartitismo strisciante, non necessariamente imposti dalla coercizione, dalla manipolazione delle procedure elettorali, dal controllo manipolativo dei mezzi di comunicazione e dalla logica del clientelismo, ma anzi affermatesi con elezioni regolari libere e corrette*», cf. L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte: Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, cit., 137-272.

⁴¹ Elischer clarifies that: «*[the catch-all party] aims to form a long-lasting political force in which two conditions are fulfilled: It bridges its country’s dominant ethnic cleavages (past or present) by incorporating influential community leaders from both sides of the cleavage into its leadership structure. Furthermore, the ethnic catch-all party is formed long before election day and survives electoral defeats as well as leadership contests without major changes (splits and mergers) in the groups that make up the party. By staying together as a united political force, it demonstrates that it has overcome the divisive logic of ethnic arithmetic*», cf. S. ELISCHER, *Political Parties in Africa: Ethnicity and Party Formation*, Cambridge, 2013, 29. According to Eizenga «*The prevalence of catch-all parties might also be an*

hindered the transformative impact of democratic reforms, as democratic institutions, in an increasingly fragile socio-political context, existed largely in form rather than substance, leading to what has been termed “constitutions without constitutionalism”⁴².

The initial momentum of democratization soon faded, leading to a “recession”⁴³ of the democratic process. Eminent literature refers to these new constitutional developments as a “third wave of autocratization”⁴⁴. In some countries, such as Mali, democratic transition gave rise to dominant political parties, though the early period seemed promising⁴⁵. Indeed, President Alpha Oumar Konaré, respecting the 1992 Constitution, after

artifact of the shared colonial history of these countries. Inspiration for the multiparty electoral systems in the Sabel was primarily derived from the French Fifth Republic», cf. D. EIZENGA, *Political Parties and Elite Resilience in Sabelian Politics*, in L.A. VILLALÓN (Eds), *The Oxford Handbook of the African Sabel*, Oxford, 2021, 405-416.

⁴² H.W.O. OKOTH-OGENDO, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in D. GREENBERG and others (Eds), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, New York, 1992. Chen describes “constitution without constitutionalism” as follows: «*Just as in the daily life of individuals, it is relatively easy to say something or make a promise, but more difficult to translate what is said or promised into action and reality, so in the political and legal life of nations, it is relatively easy to make a constitution, but more difficult to put it into practice, to implement it and be governed by it – which is what ‘constitutionalism’ is about. There is therefore nothing surprising about the phenomenon or ‘syndrome’ of ‘constitutions without constitutionalism,’ particularly in developing countries to which Western ideas, theories and institutions of constitutionalism have been transplanted in the course of the last two centuries*», cf. A.H. CHEN, *The Achievement of Constitutionalism in Asia: Moving Beyond ‘Constitutions without Constitutionalism’*, Hong Kong, n. 2015/002, 2014. Riggs speaks of “*façades constitutitonnelles*”, cf. F.W. RIGGS, *Fragilité des régimes du tiers monde*, in *Revue Internationale des Sciences Sociales*, vol. 136, 1993, 235 ff. See also M. CARDUCCI, *Il costituzionalismo “parallelo” delle nuove democrazie. Africa e America latina*, 1998, 3-7.

⁴³ As defined by Diamond, cf. L. DIAMOND, *Facing up to the Democratic Recession*, in *Journal of Democracy*, vol. 26, n. 1, 2015. See also Bleck and van de Walle: «*Multiparty elections have been institutionalized during this quarter-century. However, we do not observe broader democratic consolidation in most of these countries. Instead, the democratization of the early 1990s remains incomplete in much of the region*», cf. J. BLECK and N. VAN DE WALLE, *Change and Continuity in African Electoral Politics Since Multipartyism*, in *Oxford Research Encyclopedias*, 2019.

⁴⁴ A. LÜHRMANN and S.I. LINDBERG, *A Third Wave of Autocratization is Here: What Is New About It?*, in *Democratization*, vol. 26, n. 7, 2019, 1095-1113.

⁴⁵ According to Bratton and de Walle, Mali was a “competitive one-party system”, characterized by a democratic transition, cf. M. BRATTON and N. VAN DE WALLE, *Neopatrimonial regimes and political transitions in Africa*, cit.

his two-term tenure, accepted the resignation from his position, which resulted in a fair and fully multi-party election that brought Amadou Toumani Touré to power in 2002. However, Mr. Touré, bolstered by the prestige he had accrued as the leader of the third democratic “wave” in Mali, soon consolidated his power. This led the country back toward authoritarianism, albeit in a milder form, often described as “soft authoritarianism”⁴⁶. Although there was a certain degree of political participation and opposition had a space, the principles of democratic governance were not fully integrated into the broader political regime⁴⁷. While this system did not outright dismantle democratic institutions, it gradually undermined them, emerging as one of the key factors contributing to the following 2012 crisis⁴⁸. In contrast, in Burkina Faso, democratization never resulted in a true regime change. The 1991 Constitution, which prompted important legal and institutional reforms⁴⁹, was not genuinely implemented. President Compaoré maintained a firm grip on power through electoral manipulation, term extensions, and the erosion of institutional checks and balances. The country became a “hybrid regime”, namely a political system that integrates democratic principles with authoritarian features⁵⁰. The country was considered “*languishing in a limbo*” of “*competitive authoritarianism*” or “*electoral authoritarianism*”⁵¹. Indeed, even if formal elections were held, they ensured the continuation of the Compaoré regime, thus preventing the formation of a national consensus on the future trajectory of the country⁵². This system allowed Mr. Campaoré to rule and main-

⁴⁶ R. IDRISSE, *The Dialectics of Democratization and Stability in the Sabel*, cit., 191-210.

⁴⁷ S. ELISCHER, *The Sabel: Regional Politics and Dynamics*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, New York, 2019.

⁴⁸ R. IDRISSE, *The Dialectics of Democratization and Stability in the Sabel*, cit., 191-210.

⁴⁹ «Important institutions such as the High Council on Communications, the Independent Electoral Commission, the Office of the Mediator (Ombudsperson), and others were established during this period», cf. B. S. TRAORÉ, *Burkina Faso: A Bird's-Eye View of the Legal System*, cit.

⁵⁰ The term was coined by T.L. KARL, *The Hybrid Regimes of Central America*, in *Journal of Democracy*, vol. 6, 1995, 72-86. The literature on the topic is vast. See C.M. FOMBAD and N. STEYTILER, *Democracy, Elections, and Constitutionalism in Africa*, Oxford, 2021, 22; G. WALKER, *The Mixed Constitution After Liberalism*, in *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, vol. 4, 1996, 315; W. MERKEL, *Embedded and Defective Democracies*, in *Democratization*, vol. 11, n. 5, 2004; W. MERKEL and A. CROISSANT, *Conclusion: Good and Defective Democracies*, in *Democratization*, vol. 11, n. 5, 2004.

⁵¹ R. IDRISSE, *The Dialectics of Democratization and Stability in the Sabel*, cit., 191-210.

⁵² «Compaoré's system was very flexible in the sense that a local patron could himself be a client

tain order in the country; however, it has also contributed to weakening the position of the President and fueled the forces that would lead to his overthrow in 2014, following massive protests against constitutional reforms aimed at further extending the president's term⁵³. In the case of Senegal, despite the country's historical tradition of peaceful transfer of power, which commenced with the conclusion of President Diouf's tenure in March 2000, significant challenges emerged in its pursuit of democratic consolidation. This refers, in particular, to President Wade's attempts to enhance his power through a number of controversial initiatives. Both the proposed constitutional reform in 2011 to reduce the electoral threshold for the presidential election and the candidacy for the 2012 presidential elections prompted significant public outcry, ultimately leading to his loss of the presidential position and the transfer of power to President Macky Sall, elected in February 2012.

A pivotal moment in Sahelian history occurred in 2012 with the fourth Tuareg rebellion in Mali⁵⁴, which exacerbated existing ethnic, religious, and security tensions in the region⁵⁵. The emergence of terrorism,

*to some district patron who, in turn, could support a regional or national figure. The state did not have to provide services directly to everyone, nor did it need their direct support since everything flowed through intermediaries. Those holding central state office could utilize the patronage system to acquire local patrons, which extended their influence into areas they would otherwise not be able to penetrate. In this way, the central government was indirectly but firmly connected to the peripheries», cf. V. HAAVIK, M. BØÅS and A. IOCCHI, *The End of Stability – How Burkina Faso Fell Apart*, in *African Security*, vol. 15, n. 4, 2022, 317-339.*

⁵³ R. IDRISSE, *The Dialectics of Democratization and Stability in the Sahel*, cit., 191-210.

⁵⁴ The Tuareg are an ethnic group that have long claimed the independence of the northern Malian territory, between Mali, Niger and Algeria, known as "Azawad". In line with the previous insurrections, which took place in 1963-64, 1990-95 and 2007-09, the 2012 rebellion had the objective of achieving the autonomy of northern Mali from the central government.

⁵⁵ The year 2012 was shaped by three significant upheavals. The first was the outbreak of the fourth Tuareg rebellion in January. Led by the *Mouvement National de Libération de l'Azawad* (MNL) and supported by terrorist groups such as *Ansar Dine* and the *Mouvement pour l'Unité et le Jihad en Afrique de l'Ouest* (MUJAO), the rebellion resulted in the capture of three northern cities – Gao, Tombouctou, and Kidal – from the Malian army. Simultaneously, on 21 March 2012, discontented Malian troops, frustrated by the army's defeat in the north, staged a coup d'état under the leadership of General Amadou Sanogo. The coup deposed President Amadou Touré, and Sanogo declared himself the head of the *Comité National pour le Redressement de la Démocratie et la Restauration de l'État* (CNRDRE), suspending the Constitution. By June 2012, Islamic militias, initially allied

coupled with ongoing instability, led to a deterioration of the situation in the Sahel region⁵⁶. Terrorism significantly impacts both human rights and constitutional stability of the countries in this region⁵⁷. Indeed, governments have responded to the terroristic threat with emergency measures that have strengthened executive power at the expense of democratic norms. The military effectively suspended the Constitutions or complemented them with transitional charters⁵⁸, introduced emergency states,

with the Tuareg rebels, turned against them and took control of the three regional capitals in northern Mali, worsening the already fragile security situation. This instability culminated in the 2020 coup d'état against President Keita, who had been elected in 2013 and re-elected in 2018. Colonel Assimi Goïta emerged as the new leader. Mali's crisis had also a ripple effect on neighboring Burkina Faso. In 2015, President Michel Kafando, elected in November 2014 following the ousting of Blaise Compaoré's regime, was removed from power by a military junta. Although subsequent elections brought President Kaboré to office, he was overthrown in January 23, 2022 in a coup d'état, which saw Colonel Paul-Henri Sandaogo Damiba assume leadership. However, this solution proved temporary, as Captain Ibrahim Traoré led a further coup in September 30, 2022, deposing Damiba.

⁵⁶ According to Villalón, this crisis stems from the «rising “violent extremism” and the proliferation of religious radicalisms in the face of waning state capacity to channel or control social dynamics from beyond the region, producing an increasingly complex “geography of conflict”», cf. L.A. VILLALÓN, *Editor's Introduction Framing the Sabel: Spaces, Challenges, Encounter*, in L.A. VILLALÓN (Eds), *The Oxford Handbook of the African Sabel*, Oxford, 2021, 1-12.

⁵⁷ It is incontestable that terrorism constitutes a significant and tangible threat to the region. The Sahel region accounts for 40% of Islamic militant terrorist activity in Africa and 60% of all violent extremist-related casualties in Africa, more than any other African region. Specifically, in 2022, the Sahel experienced a 36% increase in terrorist incidents, with 978 attacks, and a 49% increase in casualties, with a total of 7,899 victims. The data were compiled by the Africa Center for Strategic Studies, *Africa's Active Militant Islamist Groups*, February 2023, available online at <https://africacenter.org/wp-content/uploads/2023/03/MIG-highlights-2023.pdf>.

⁵⁸ «The legal status of the Transitional Charter is more than uncertain. They aim to address specific legal and institutional concerns about the transition period. In that sense, they can be considered functionally (or substantially) constitutional in nature», cf. B. S. TRAORÉ, *Burkina Faso: A Bird's-Eye View of the Legal System*, cit. A recent decision of Mali's Constitutional Court seems recognizing a superior value of these charters. On March 27, 2024, the *Référence syndicale des magistrats* (REFSYMA) and the *Association malienne des procureurs et poursuivants* (AMPP), respectively the national Magistrates' union and association of Prosecutors and Pursuers, filed a petition with the Constitutional Court, requesting acknowledgment of an “institutional vacuum” following the expiration of the transitional presidency on March 26, 2024, and calling for a civilian-led transitional government. The Constitutional Court declared the petitions inadmissible, stating that the associations “n'ont pas qualité

and imposed severe restrictions on fundamental rights⁵⁹. Coups, initially justified as necessary to combat terrorism, have instead led to prolonged military rule, weakening constitutional guarantees and fundamental rights. In this sense, terrorism represents a significant obstacle to the constitutional development of states. In fact, prolonged transitional governments have served primarily to entrench military dominance rather than facilitate genuine constitutional reforms⁶⁰, with no discernible improvements in the fight against terrorism nor in the well-being of the people⁶¹.

à saisir la Cour pour faire constater la vacance de la Présidence de la Transition". Additionally, the Court deemed itself incompetent to rule on the suspension of political activities, referring the matter to the Supreme Court's administrative division (Arret n°2024-02/CC du 25 Avril 2024, available online at <https://sgg-mali.ml/JO/2024/mali-jo-2024-11-sp.pdf>), cf. *La Cour constitutionnelle déclare "irrecevables" les requêtes sur la vacance du pouvoir*, in *aa.com*, April 29, 2024, available online at <https://www.aa.com.tr/fr/afrique/mali-transition-la-cour-constitutionnelle-declare-irrecevables-les-requetes-sur-la-vacance-du-pouvoir/3204832>.

⁵⁹ *Freedom House* in its annual *Freedom of the World Survey*, which covers the condition of political and civil rights in the world, reports that "*chronic problems such as corruption and misgovernance, combined with the economic impacts of the COVID-19 pandemic and the war in Ukraine, have left African states more vulnerable to irregular seizures of power by military or executive officials*". The data is available online at <https://freedomhouse.org/report/freedom-world>.

⁶⁰ In Burkina Faso, after the coup in 2022, that resulted in Mr. Kaboré being replaced by a military junta led by Colonel Paul-Henri Sandaogo Damiba, the 1991 Constitution was suspended. It was restored on 31 January, and a transitional charter was adopted on 1 March, providing for a three-year transitional period prior to elections. However, the Constitution was again suspended on 30 September after the transitional President was deposed by junior members of the military, Captain Ibrahim Traoré. Originally, according to the transition charter adopted in October 2022, shortly after the coup d'état that brought Traoré to power, the transition had been due to end on 1 July 2024, where election should have been held. However, on 25 May 2024 national consultation that included army officers, civil society groups and traditional and religious leaders brought to a new charter extended the country's military-led transition to democracy by up to five years. In Mali, in July 2023, a new Constitution was adopted. The first presidential election under this new Constitution had been due to held in February 2024 and the transition end on 26 March 2024. However, in September 2023 military authorities had announced that it would postpone the elections planned for February for technical reasons. Moreover, after suspending indefinitely in April 2024 the activities of all political parties and associations, on 10 May 2024, a national dialogue aimed at establishing peace in Mali recommended extending the military-led transition to democracy to five years. Many political parties had boycotted the dialogue and strongly rejected its recommendations.

⁶¹ «Undoubtedly, violence such as electoral violence or coup d'états indicate the regression of

It is within this context that the divergence in the constitutional and democratic trajectories of Sahelian countries becomes apparent. While Mali and Burkina Faso have suffered a regrettable regression in democratic governance, Senegal has stood out as a pillar of stability in the region, though concerns about its political and institutional developments are emerging. President Macky Sall, in office since 2012, respected term limits – with minor uprising in February 2024⁶² – and stepped down before the 2024 elections, which saw Bassirou Diomaye Faye, member of the *Patriotes Africains du Sénégal pour le Travail, l'Éthique et la Fraternité* party (PASTEF), elected as the new President. However, Faye's calls for "systematic change" and increased national sovereignty have raised fresh uncertainties about Senegal's political trajectory, including its future relations with France and Western allies⁶³.

democratic standards, which may reflect a neglected civil society. This may be also manifested by the fact that the vast majority of the population is left on the political and economic margin with few chances for social advancement, access to proper education, health and promising work opportunities. Alternatively, it may reflect the fact that governing actors tend towards political patronage, crony capitalism, kleptocracy, neopatrimonialism and rent-seeking», cf. C. VLAMIS, Political and Economic Transitions in Sub-Saharan Africa, Dissertation University of the Peloponnese, October 2023.

⁶² On 3 February, 2024, former President Macky Sall announced the postponement of the 25 February presidential election, citing alleged corruption within the Constitutional Court. On 5 February, the National Assembly voted to delay the election until 15 December, effectively extending the President's term in office. However, on 15 February, Senegal's Constitutional Council ruled that both Sall's decree and the parliamentary vote were unconstitutional (*Décision n°1/C/2024 du 15 février 2024*, available online at <https://conseilconstitutionnel.sn/docs/36461/>). The Council instructed the President to schedule the elections at the earliest possible date and confirmed that his presidential term would end on 2 April. This crisis posed a significant risk to the constitutional balance of one of West Africa's few stable democracies, already under strain from internal pressures. However, as analysts have noted, in the context of this region, where military leaders have taken power through coups and elected civilian rulers have sought to remain in office by manipulating Constitutions, a transparent election in Senegal that led to an uncontested opposition victory has been a positive and encouraging development for the entire region, see *Senegal: From Constitutional Crisis to Democratic Restoration*, in *Carnegie Endowment for International Peace*, April 1, 2024, available online at <https://carnegieendowment.org/research/2024/04/senegal-from-constitutional-crisis-to-democratic-restoration?lang=en>.

⁶³ *Le président sénégalais annonce "la fin de toutes présences militaires étrangères dès 2025"*, January 1, 2025, available online at <https://www.voaafrique.com/a/sénégal-fin-de-toutes-présences-militaires-étrangères-dès-2025-dans-le-pays-annonce-le-président/7920871.html>

3. *Defining the Role of the President*

The Sahelian countries analyzed in this study exhibit significant contrasts in their political and security landscapes. While Mali and Burkina Faso continue to grapple with profound security crises and political turbulence, Senegal enjoys a comparatively higher degree of stability. Despite these differences, a shared constitutional feature emerges across these countries: the central and dominant role of the President of the Republic. This dominance shapes governance structures, often placing the presidency at the core of political decision-making and national leadership, regardless of the varying degrees of democratic progress in each country. Despite the cyclical nature of constitutional development in these states, characterized by alternating phases of authoritarianism and democracy, their constitutional evolution consistently appears to preserve institutions and mechanisms that grant the President of the Republic a central role. Having reviewed these recent political developments, it is now pertinent to delve deeper into their prominent constitutional features of these countries. Indeed, the figure of the President of the Republic well encapsulates the broader challenges associated with constitutional governance in the Sahelian region and their implications for democratic development.

When examining the three Constitutions, the most striking observation is their clear resemblance to the French Constitution of 1958. Adopted on October 4, 1958, the French Constitution of the Fifth Republic marked a significant shift with the previous Constitution of 1946, since it aimed at strengthening executive power and ensuring greater governmental stability. To achieve this, it granted the President specific powers that could be exercised without requiring countersignature⁶⁴. The President's pivotal role, while outlined in the Constitution, was further enhanced in 1962 with the introduction of direct universal suffrage for presidential elections (*Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962*). This intervention established a semi-presidential system of governance in France, where the President of the Republic serves as one of the two “heads” of the Executive. The legitimacy of the President is derived from direct election by the people

⁶⁴ These interventions were based on two clear political visions: those of Michel Debré, inspired by the British model with a strong Prime Minister, and that of General de Gaulle, who aimed to transform the President of the Republic into the protector of the institutions, cf. *The Constitution of The Republic*, in *elysee.fr*, available online at <https://www.elysee.fr/en/french-presidency/constitution-of-4-october-1958>

in two rounds, and his role can be more or less influential depending on the parliamentary dynamic at play. Article 5 of the French Constitution assigns to the President of the Republic the role of guarantor (“*arbitrage*”) of the regular functioning of public authorities and the continuity of the State, while Article 20 establishes that the Government “determines and conducts the policy of the Nation”.

This system, which granted the President significant discretionary powers, served as the constitutional model that inspired the Constitutions of Sahelian countries. However, this did not lead to a direct transposition or uniform application of the French governance model. Instead, semi-presidential systems in the region evolved in ways that diverged markedly from the French framework, often pushing the provisions of the 1958 French Constitution to their practical or ideological limits⁶⁵. Indeed, the Constitutions of the three Sahelian countries demonstrate a contrasting approach to the French model. In these countries, the power of political direction is reserved either entirely for the President (Constitution of Senegal Art. 42, Mali Art. 44) or with some limitations (Constitution of Burkina Faso, Art. 36.2 which specifies that the President “*fixe les grandes orientations de la politique de l'État*”), while the power of the Prime Minister is largely restricted to implementing these policies (Constitution of Senegal Art. 53, Burkina Faso Art. 61, Mali Art. 76)⁶⁶.

The implementation of semi-presidentialism in the Sahel illustrates

⁶⁵ Cabanis notes that: «*The leadership role of the head of state is clearly asserted. In this respect, the fundamental charters of French-speaking Africa differ from the French constitution which, no doubt to allay the fears of the members of the political staff of the Fourth Republic, showed extreme caution, to the point of appearing to contradict the practice established from the outset by General de Gaulle*», cf. A. CABANIS and M. L. MARTIN, *Les constitutions d'Afrique francophone: évolution actuelles*, Paris, 1999, 72.

⁶⁶ Indeed, the introduction of the figure of the Prime Minister was regarded as one of the key achievements of the third constitutional “wave” in the Sahel region. Conceived as the other “head” of the Executive, he was expected to play a fundamental role in limiting the power of the President, which previous regimes had made practically absolute. As Conac points out, the function of the prime minister was to avoid «*qu'un seul homme, le chef de l'Etat ait juridiquement tous les pouvoirs ou puisse agir comme s'il disposait pratiquement de tous. Le choix fondamental (...) a été de savoir s'il fallait opter pour un exécutif unitaire de type américain ou un exécutif bicéphale de type français. La plupart des Constitutions ont préféré la deuxième solution*», cf. G. CONAC, *Le processus démocratique en Afrique*, in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, 1993, 112-113.

the constrained role of the Prime Minister⁶⁷, who effectively function as mere executor of policies determined by the President. As a result, these systems have been defined as “hyper-presidenzialized” systems⁶⁸, namely semi-presidential forms of government with pronounced presidential features. Furthermore, Mali’s recently adopted Constitution further diverges from this model. Indeed, the 2023 Constitution, while ensuring an important role for the military⁶⁹, impacts greatly the distribu-

⁶⁷ «Le Premier ministre reste dans une situation de dépendance politique par rapport au chef de l’État», cf. A. BOURGI, *L’évolution du constitutionnalisme en Afrique: du formalisme à l’effectivité*, cit., 732. According to Konabeka: «Le Président de la République du simple fait de sa condition d’élection, jouit d’une plus grande crédibilité et d’une plus grande autorité par rapport au Premier ministre qui est un collaborateur qu’il choisit pour réaliser sa promesse de politique de la Nation faite au peuple pendant la campagne électorale. Le Président de la République est élu sur un programme déjà existant, défini pendant la campagne électorale [...]. Le Premier ministre étant nommé et ayant en face de lui, un Président de la République élu au suffrage universel direct, ne peut pas incarner le partage du pouvoir mais plutôt une simple déconcentration du pouvoir», cf. L.D. KONABEKA, P. LIONEL, D. KONABEKA, AND E. APETO, *Le Premier Ministre dans le Renouveau du Constitutionnalisme Africain: cas du Congo, du Gabon et du Togo*, in *Revue Réflexions constitutionnelles*, 2020, 299. The author notes that: «Le Premier ministre perd son rôle politique au profit du Président de la République, il n’est plus qu’un rouage technique voire purement administratif de coordination interministérielle. On dit que le Premier ministre devient un super directeur de cabinet servant de relais entre le Président de la République et ses ministres (ministres du Président)». See also J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Ve République*, Paris, 1977.

⁶⁸ Hyper-presidentialism is a political concept that refers to a system in which the executive branch holds excessive influence and control over the other branches of government, as well as over the system of checks and balances, cf. P.F. DIALLO, *L’hyper-présidentialisme vs le renforcement de la séparation des pouvoirs : quelles réponses pour la démocratie ?*, in *academy.africtivistes.org*, March 2024 available online at <https://academy.africtivistes.org/blog/les-recherches-3/l-hyper-presidentialisme-vs-le-renforcement-de-la-separation-des-pouvoirs-quelles-reponses-pour-la-democratie-10>. For further considerations on this topic, see R. ELGIE, *Semi-presidentialism: concepts, consequences and contesting explanations*, in *Political Studies Review*, vol. 2, n. 3, 2004; S. ROSE-ACKERMAN, and D. A. DESIERTO, *Hyper-presidentialism: Separation of powers without checks and balances in Argentina and Philippines*, in *Berkeley J. Int’l L.*, vol. 29, 2011.

⁶⁹ The entire Title III of Chapter V of Mali’s Constitution is dedicated to the role of the armed forces. The Constitution provides that the armed and security forces “participate in the economic, social, cultural and environmental development of the country” (art. 89.2) and “the State ensures that the armed and security forces have at all times the human and material resources necessary to carry out their missions” (art. 93). Moreover, Article 63.2 provides the President with a further important power: “Le Président de la République ordonne la mobilisation générale et détermine les modalités de participation des citoyens à la défense de la Patrie lorsque la situation sécuritaire l’exige”. A similar intervention has also regarded

tion of power among branches, strengthening President's authority over both the executive and legislative branches. Article 78 stipulates that the Prime Minister and the Council of Ministers are politically accountable only to the President removing the previous constitutional requirement of parliamentary accountability (1992 Constitution, Art. 53)⁷⁰. Moreover, according to the new Article 44 the President “*shall determine the policy of the Nation*”, a responsibility previously held by the Government, while the Prime Minister and the Government merely implement it (Art. 76).

3.1. *The Powers of the President: Scope and Influence*

In the Constitutions of the three countries examined, the President

Burkina Faso, where some constitutional provisions were revised in 2024. Some of these amendments are indeed a reflection of the ongoing security crisis. Worth of note is the constitutionalisation of the *Conseil National de Securite d'Etat* (TIT. XIV bis), which has to coordinate and plan the activities of the intelligence. Scholars wonder on the possible risks of these provisions: «*One can assume that it will exercise broad power concerning the collection of intelligence information. It may also serve as a critical factor in a context where the Government is, in practice, derogating from specific human rights standards for security reasons. One can expect that intelligence operations by this body are likely to clash with the right to privacy*», cf. B. S. TRAORÉ, *Burkina Faso: A Bird's-Eye View of the Legal System*, cit.

⁷⁰ Following this change, which realized a true concentration of powers in the hands of the President, it has been observed that the Malian form of government is actually now presidential in nature, although it still retains the role of prime minister: «*In other words, the President will have regulatory power, will be able to exert considerable influence over the legislative process (even though the executive is no longer politically accountable to parliament), will be involved in the management of the judiciary, and will have discretionary power to appoint much of the civilian and military administration. Thus, the draft constitution establishes a system of government that does not seem to ensure effective accountability between the different branches of government*», cf. F. DOUMBIA, *Towards the Fourth Republic of Mali: Analysis of the Draft Constitution*, in *ConstitutionNet*, 2023. According to Solazzo: «*Il Mali rimane una Repubblica semipresidenziale il cui potere esecutivo è bicefalo, condiviso da Presidente della Repubblica e Primo Ministro, e con il potere legislativo, invece, che conserva un ruolo di controllo ridimensionato alla luce della sua nuova struttura*», cf. M. SOLAZZO, *La quarta Repubblica maliana: analisi di una Costituzione divisiva*, cit. However, as it has been pointed out by the author, since the counter-power of control of the National Assembly did not target the person who effectively determined the country's political direction, namely the President, but the Prime Minister which was its mere executor, this modification can indeed be beneficial. In fact one potential advantage could be the obligation now binding the President to implement the proposed political programme, in accordance with the commitments made to the electorate.

of the Republic is vested with extensive powers. The President of the Republic performs the traditional function of guarantee of the State, presides over the Council of Ministers, appoints the Prime Minister, and oversees the selection of senior civil and military officials (Constitution of Mali, Art. 67; Burkina Faso, Art. 55, Senegal, Art. 42). Additionally, the President has the authority to grant pardons, command the armed forces, and accredit ambassadors, as well as ratify international treaties. However, there are some important constitutional powers that capture the scope and essential role of the President in these countries.

The President holds considerable legislative authority. These prerogatives include legislative initiative in Senegal and Mali, as well as the ability to return bills to Parliament (the National Assembly) for further review (Constitution of Mali Art. 59.3, Burkina Faso Art. 48.2, Senegal Art. 73). In terms of the legislative initiative, Constitutions display different approaches, with varying degrees of responsibility allocated to the Prime Minister, members of Parliament or the President. Senegal's Constitution grants initiative power to the three of them (Art. 80 of the Constitution), the one of while Mali reserves it for the President and Parliament members (Art. 119 of the Constitution), and Burkina Faso grants it to deputies and the Government (Art. 97 of the Constitution)⁷¹. The Constitution of Mali, in particular, envisages a strong participation of the President in the legislative power. Article 119 of the Constitution states that "the initiative of laws belongs simultaneously to the President of the Republic and to the members of Parliament", and no longer, as in the Article 75 of the 1992 Constitution, to the Government and the National Assembly. Another significant legislative power vested in the President is the ability to call a referendum⁷². Constitutions typically offer broad discretion in

⁷¹ Furthermore, certain texts posit the possibility of a popular initiative in the form of a petition. For example, Burkina Faso requires 15,000 signatures in order to present a petition (art. 98).

⁷² In the majority of Sahelian legal systems, this power is exercised in a considerably more extensive manner than is permitted by the French Constitution. In accordance with Article 11 of the French Constitution, the President can submit to a referendum only a "*projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité*" (Art. 11 of the French Constitution). An exception to this trend is Mali's new Constitution, which, in Article 60, closely resembling the French wording, allows the President to submit to referendum: "*toute question d'intérêt national, tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, l'approbation d'un accord d'union ou*

this area. Many Constitutions do not specify which matters can be subjected to a referendum, allowing for significant presidential flexibility. For example, the Constitutions of Senegal (Art. 51) and Mali (Art. 60) contain the broad formulation “*tout projet de loi*”, while the Constitution of Burkina Faso (Art. 49) introduces a minor restriction with the phrase “*tout projet de loi qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple*”. The President also plays a key role in constitutional revision. In these countries, the President often shares the power to initiate constitutional amendments with Parliament and, in Burkina Faso, the population (via petitions with 30,000 signatures). In Mali, constitutional revisions require two-thirds parliamentary approval and a referendum; however, they cannot alter fundamental principles such as territorial integrity, secularism, or presidential term limits (Constitution of Mali, Art. 184, 185). Burkina Faso requires a three-fourths parliamentary majority to bypass a referendum and prohibits amendments altering core issues such as presidential terms and territorial integrity (Constitution of Burkina Faso, Art. 161-165). Senegal forbids revisions affecting the republican state, electoral system, or presidential term limits and requires an absolute parliamentary majority and a referendum for approval (Constitution of Senegal, Art. 103).

The President’s influence extends to the judiciary, particularly through appointments to the *Conseil Supérieur de la Magistrature* (CSM) and Constitutional Courts. In Burkina Faso, the President originally chaired the CSM, controlling key judicial appointments. However, following the 2014 uprising, a 2015 reform transferred the chair to the heads of the *Cour de Cassation* and *Conseil d’Etat*. In 2024, the transitional government amended the Constitution, introducing non-magistrate members into the CSM and stipulating that its chairperson would be elected by its members (Constitution of Burkina Faso, Art. 132). Moreover, the new Article 134 places the state prosecution magistrates (*magistrates du parquet*) under the hierarchical authority of the Ministry of Justice, with evident implications in terms of respect of the principle of separation of powers and the independence of justice⁷³. In Mali, the President is deeply integrated into the judicial

l'autorisation de ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions”.

⁷³ B. S. TRAORÉ, *Burkina Faso: A Bird's-Eye View of the Legal System*, cit. Minister of Justice Edasso Rodrigue Bayala addressed the issue, saying that there was no rationale for discussing an alleged assault on the impartiality of the judicial system: «*Il était totalement absurde de parler d'indépendance d'un magistrat du parquet parce que le magistrat du parquet est déjà*

system, chairing the CSM during its regular sessions for appointing magistrates (Art. 1 of the *Loi organique n°03-033 du 07 octobre 2003 fixant l'organisation, les attributions et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature*). The CSM comprises eight ex officio members and thirteen magistrate members, who are elected in three colleges by the vote of their peers for a period of three years. The list of members of the CSM is determined by decree of the President of the Republic (Art. 5). Judges are appointed by presidential decree upon recommendation from the Minister of Justice and after consulting the CSM (Art. 12). For disciplinary cases, the chair changes depending on the type of magistrate involved: the Supreme Court's President in cases involving judges and the Public Prosecutor for prosecutors (Art. 14). The Constitution of Senegal makes a brief reference to the CSM in Article 90, that stipulates that all magistrates, with the exception of those serving on the Constitutional Court, are appointed by the President of the Republic, following the CSM's recommendation and in accordance with an organic law (*Loi organique n° 2017-11 du 17 janvier 2017 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature*). While originally comprising only ex officio members, since 1992 the CSM also includes magistrates elected by the various colleges of magistrates for a three-year term, with the possibility of a single renewal. The President chairs the CSM during judicial appointments, though the Minister of Justice may assume the chair with the President's approval (Art. 8). In the case of disciplinary functions, the chair is assumed by the First President of the Supreme Court in instances pertaining to judges (*magistrat du siège*) and by the Attorney General at the Supreme Court in cases involving a magistrate from the public prosecutor's office (*magistrat du parquet*). Another important role of the President in relation to the judiciary concerns the Constitutional Court. Indeed, the President of the Republic plays a strong role in the appointment of the members of this body. For example, in Senegal, the members of the Constitutional Court are appointed entirely by the President of the Republic (Constitution of Senegal, Art. 89). In Burkina Faso, of ten members, seven are appointed by the President of

sous ordre hiérarchique. Vous êtes dans un parquet, le Procureur du Faso peut vous donner des ordres sur la gestion d'un dossier et l'ensemble des procureurs du Faso d'un ressort donné sont sous la coupe hiérarchique du Procureur général», see Conseil Supérieur de la Magistrature : Plusieurs innovations dans la nouvelle loi organique votée par les députés burkinabè, in faso7.com, April 4, 2024, available online at <https://faso7.com/2024/04/26/faso7-conseil-superieur-de-la-magistrature-plusieurs-innovations-dans-la-nouvelle-loi-organique-votee-par-les-deputes-burkinabe/>.

the Republic (Constitution of Burkina Faso, Art. 153). In Mali, the three branches of government are well represented by the members of the Constitutional Court, who are chosen “*deux, par le Président de la République; un, par le Président de l’Assemblée nationale; un, par le Président du Sénat; deux, par le Conseil supérieur de la magistrature; deux enseignants-chercheurs de droit public désignés par un Collège constitué par les recteurs des universités publiques de droit; un, par l’Ordre des avocats*” (Constitution of Mali, Art. 145).

3.2. Emergency powers

In addition to the insights already provided on the constitutional framework of semi-presidential regimes in Sahelian countries, which grants the President substantial influence, one crucial institution merits further attention for a deeper understanding of the President’s authority. Specifically, the emergency powers granted to the President play a significant role in shaping the influence and authority of the President.

These powers are a key instrument in responding to national threats⁷⁴, but their scope and application have often led to an expansion of presidential authority. In framing the “*pouvoirs exceptionnels*” of the President of the Republic, the Constitutions of the Sahelian countries analyzed have largely adopted the wording of Article 16 of the French Constitution, though they sometimes broaden the activation criteria and include additional conditions⁷⁵. In Burkina Faso, Article 59 of the Constitution echoes the two conditions for activating emergency powers found in the French Constitution (a serious and immediate threat to the institutions of the Republic, the independence of the Nation, the integrity of its territory or the fulfilment of its international obligations; disruption of the

⁷⁴ The literature concerning emergency powers is vast. See J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *Emergency Powers*, in J.S. DRYZEK, B. HONIG, A. PHILLIPS (Eds), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford, 2008; B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, 2004, 5, 24.; E. GROSSO, *Quello che resta. La forma di governo dopo l'emergenza: post hoc ergo propter hoc?*, in *DPCE Online*, vol. 57, n. 1, 2023.

⁷⁵ The French legal framework for addressing emergencies has already been the subject of scrutiny by eminent scholars. One of the most vocal critics is Bruce Ackerman, who dismisses the French approach, which, in his view, “*in the worst case, it provides the means for a would-be dictator to bootstrap his way to permanent power; in the best, an open-ended grant of authority is in tension with the overriding aim of presenting the emergency regime as a temporary and limited exception to the principles of limited governments*”, cf. B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, 2004, 5, 28.

normal functioning of the constitutional public authorities) but presents them alternatively (“*et/ou*”). It also requires, as further conditions, the deliberation of the Council of Ministers (and not the simple consultation of the Prime Minister, as well as the Presidents of the Chambers and the Constitutional Court), an information to the Nation, the prohibition of using foreign armed forces in internal conflicts, the prohibition of dissolving Parliament during the exercise of these powers. This provision has been amended on four occasions, most significantly in 2012. This amendment required that the President of the Senate be formally consulted and that a plenary session of Parliament be held before activating the mechanism. However, this amendment was repealed by *Loi constitutionnelle n°072-2015/CNT du 5 Novembre 2015*, reverting to the previous version. The Senegalese (Art. 52) and Malian (Art. 70) Constitutions, in addition to the aforementioned conditions, require an information to the Nation, the prohibition of the dissolution of the Parliament (in Senegal) or of all the institutions of the Republic (in Mali), the “*de plein droit*” meeting of the Parliament, the obligation to invest within 15 days (in Senegal) or 90 days (in Mali) the Parliament which must ratify the emergency measures adopted, under penalty of their forfeiture. There is also a prohibition on constitutional revision during the exercise of emergency powers (Constitution of Senegal, Art. 52.3) or of the *état de siege* and *état d’urgence* regimes (Constitution of Burkina Faso, Art. 165.2), and if emergency powers are used after Parliament’s dissolution, elections cannot be postponed (Constitution of Senegal, Art. 52.6).

Although the Constitution explicitly provides for managing emergencies, it is noteworthy that these provisions have often been superseded by legislative or governmental measures enacted in response to exceptional threats. In Burkina Faso, the regulation concerning emergency is delineated by the *Loi n°023-2019/AN portant réglementation de l’état de siege et de l’état d’urgence au Burkina Faso*, which repealed the *Loi n°14/59/AL, organique sur l’état d’urgence*. In Mali the legislation is codified in the *Loi n° 2017-055 du 06 novembre 2017 relative à l’État de Siège et à l’État d’Urgence*, which repealed the *Loi n° 87-49/AN- RM du 10 août 1987 relative à l’État de Siège et à l’État d’Urgence*. Finally, in Senegal the provisions are included in the *Loi n° 69-29 du 29 avril 1969 relative à l’état d’urgence et à l’état de siege*, modified by the *Loi n°2021□ 18 du 19 janvier 2021*, which adds a Title 4 concerning the “*Gestion des catastrophes naturelles ou sanitaires*”. The emergency legislations

introduced by these countries share similar traits, as they, once again, draw upon the French model⁷⁶. Firstly, there is a distinction between the *état de siège* and the *état d'urgence*. The *état de siège* is an exceptional police regime that is activated in case of an imminent danger to the Nation resulting from an armed insurrection or a foreign invasion (Art. 4 Burkina Faso's Law) or an imminent danger for the internal or external security of the state (Art. 1 Mali's Law, Art. 15, Senegal's Law). It implies the conferral of police powers to the military authorities. Conversely, the *état d'urgence* may be proclaimed on all or part of the territory in the event of an imminent danger resulting from serious threats to public order, in the event of an occurrence that presents, by its nature or gravity, the character of a public calamity (Art. 10 Burkina Faso's Law), or in the event of subversive activities compromising internal security (Art. 4 Mali's Law, Art. 1 Senegal's Law). It grants the administration a set of powers for the period deemed necessary to overcome the exceptional circumstances. The fundamental difference between the *état de siège* and the *état d'urgence* concerns the military involvement, with the latter conferring exceptional powers solely upon civil authorities. All the three legislations, moreover, establish a system of mutual exclusivity between the two regimes (Art. 2 Burkina Faso's Law, Art. 1 Mali's Law and Art. 15 Senegal's Law).

The procedures to activate the two institutions are similar, with the President of the Republic granted the authority to declare the *état de siège* or the *état d'urgence* by decree. The Constitutions generally stipulate that the declaration must be approved by decree of the Council of Ministers (Constitution of Mali, Art. 118), Presidential decree adopted after the deliberation of the Council of Ministers (Constitution of Burkina Faso, Art. 58), or simply by Presidential decree adopted after a "*de plein droit*" meeting of the Parliament (Constitution of Senegal, Art. 69). The decree in question must delineate the geographical scope and timeframes of the aforementioned regimes. In Burkina Faso, *état de siège* cannot exceed 15 days, while *état d'urgence* cannot exceed 30 days (45 days if Parliament is not currently in session). However, the Parliament may grant authorization for an extension of these regimes (Art. 6 and 11 Burkina Faso's

⁷⁶ For the state of emergency in France, see the *Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie*. The regulation of *état de siège* can be found in Article 36 of the Constitution and in articles L2121-1 a L2121-8 of the *Code de la Défense* (Ordonnance n. 2004- 1274, 20 décembre 2004, Title II).

Law). In Senegal, Article 69 of the Constitution provides that the decree proclaiming a state of emergency is automatically revoked after 12 days unless the National Assembly, at the President's request, authorizes its extension. Whereas in Mali, Article 118 of the Constitution states that any extension beyond 15 days must require Parliament's authorization by an absolute majority.

3.2.1. *Burkina Faso: Navigating Crisis and Power*

Following the intensification of terrorist activity in Burkina Faso⁷⁷, on December 31, 2018, President Kaboré, by *décret n°2018-1200/PRES*, activated the provisions of *Loi n°14/59/AL organique sur l'état d'urgence*. In accordance with these provisions, the President, following consultation with the Council of Ministers, was empowered to proclaim a state of emergency in the event of a grave and imminent threat to the Nation's security⁷⁸. Applied to six regions, the state of emergency authorized measures to address repeated terrorist attacks, including movement prohibitions, searches at all hours, weapon surrender orders, and bans on publications and meetings inciting violent extremism. The decree also gave military justice jurisdiction over crimes during the state of emergency, regardless of perpetrators' status.

After the September 2022 coup, the military junta, led by Captain Traoré, proclaimed a state of emergency in eight regions, extended several times since March 2023. The regulatory framework that was invoked was that of the new legislation adopted in 2019, namely the *Loi n°023-2019/AN portant réglementation de l'état de siège et de l'état d'urgence au Burkina Faso*⁷⁹. According to the 2019 Law, during the *état de siège* (Art. 9), military authorities can take exceptional measures infringing on certain freedoms,

⁷⁷ In the wake of the 2012 crisis in Mali, jihadist activity intensified across the region, raising serious concerns about its potential spread to neighboring countries. By 2015, the threat had extended into Burkina Faso, ultimately manifesting in a series of deadly terrorist attacks, including those in Ouagadougou in 2016, 2017, and 2018.

⁷⁸ S. DABIRE, *Etat d'urgence au Burkina Faso : Régime juridique actuel et écueils à éviter*, in *lefaso.net*, January 19, 2019, available online at <https://lefaso.net/spip.php?article87574>.

⁷⁹ The legislation is noteworthy for the introduction of a distinct regulatory framework pertaining to the *état de siège*, which had previously been absent. Moreover, with regard to the *état d'urgence*, the law modifies the framework set forth in the *Loi n°14/59/AL organique sur l'état d'urgence*.

including requisitioning individuals, goods, and services; movement restrictions; searches and seizures at any time; weapon surrender orders; restricting or banning disruptive publications and broadcasts; regulating or stopping educational programs, religious teachings, or activities promoting violence, hatred, or extremism; prohibiting public gatherings and demonstrations likely to cause unrest; monitoring electronic communications; and taking measures to restore public tranquility. Under *état d'urgence* (Art. 13), public authorities can, in addition to these measures, place under house arrest anyone inciting or maintaining disorder; suspend or dissolve groups or associations participating in or inciting acts undermining public order; and block communication means inciting terrorism, advocating it, or disclosing information or military strategies that could expose or compromise Defense and Security Forces (Art. 14). Measures under the state of emergency are subject to administrative judge control, and Parliament is informed (Art. 14).

Despite Article 3 of the 2019 Law stating that “*Les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège ou l'état d'urgence, d'exercer leurs droits dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu de la présente loi*”, the application of emergency powers has significantly deteriorated human rights in Burkina Faso, increasingly reinforcing the presidential authority. A key area that demonstrates these regimes' potential dangers is the limitation or attack on judicial power. Indeed, in the context of emergency powers, the authority of the judiciary is of paramount importance in order to prevent the potential abuse of emergency measures. However, the judicial authority has been significantly undermined in Burkina Faso. Among the various instruments employed by the regime to restrict the activities of the judicial branch, compulsory conscription is of particular significance. In August 2024, Human Rights Watch reported that military authorities conscripted at least seven magistrates, including prosecutors and a judge, into the army as punishment for open proceedings against junta supporters⁸⁰. The con-

⁸⁰ «*Les autorités militaires du Burkina Faso utilisent de façon abusive une loi d'urgence afin d'enrôler illégalement des magistrats – procureurs et juges – qui ont lancé des procédures judiciaires à l'encontre de partisans de la junte*», cf. *Burkina Faso : La conscription est utilisée pour punir des procureurs et des juges*, in *hrw.org*, August 21, 2024, available online at <https://www.hrw.org/fr/news/2024/08/21/burkina-faso-la-conscription-est-utilisee-pour-punir-des-procureurs-et-des-juges>. Among the individuals subjected to conscription orders, there is the prosecutor of the High Court of Ouagadougou, who had directed the police to examine allegations of enforced disappearances, and the prosecutor of the High Court

scription program, targeting not only judges but also perceived opponents like union leaders, activists, and journalists, was justified by President Traore's "general mobilization" announcement in April 2023⁸¹. As a consequence, the implementation of emergency measures has resulted in the suppression of any voice that was not aligned with the regime's rhetoric, including that of the judicial power, which, according to the Constitution, is supposed to be the "guardian of individual and collective liberties" (Constitution of Burkina Faso, Art. 125).

Furthermore, even when judges rule on an emergency measure, the decision is rarely implemented. For example, on December 6, 2023, the Ouagadougou administrative court ruled that the conscription orders concerning two members of the *Balai Citoyen* movement, Rasmané Zinaba and Bassirou Badjo, and the director of the newspaper *L'Opinion*, Issaka Lingani, were illegal and ordered their suspension. The court stated that the detention violated the detainees' rights to freedom of expression and movement and posed a risk to their physical integrity⁸². Nevertheless, this decision was ignored, and these individuals were compelled to comply with the directives⁸³.

of Boromo, in Balé province, who had instructed the police to investigate the purported theft of cattle by an associate of the junta and civilian auxiliaries of the Burkinabé armed forces.

⁸¹ See the *Décret No 2023/0475 portant mobilization générale et mise en garde*, which allows for the conscription of any citizen in the armed forces to «*défendre l'intégrité du territoire national, de restaurer la sécurité sur l'ensemble du territoire et d'assurer la protection des populations et de leurs biens, contre la menace et les actions terroristes*». Article 8 states that «*Les droit et libertés individuels et collectifs garantis par les lois et règlements, peuvent, dans certains cas, être restreints ou limités conformément à la loi. Toutefois il ne peut être dérogé aux droit fondamentaux: notamment le droit à la vie, le droit à ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou à une expérience médicale ou scientifique sans son libre consentement, le droit de ne pas être tenue en esclavage ou en servitude*». Nevertheless, the decree explicitly authorizes the government to «*requérir les personnes, les biens et le services; soumettre à contrôle et à répartition les ressources au ravitaillement et, à cet effet, d'imposer aux personnes physiques ou aux personnes morales en leur biens, les sujétions indispensables; le droit d'appel à l'emploi de défense, à titre individuel ou collectif*» (Art. 2).

⁸² *Ordonnance n° 2023-045/TAO du 06 décembre 2023*.

⁸³ *Burkina Faso. Il faut libérer le défenseur des droits humains Daouda Diallo et cesser de recourir à la conscription pour faire taire les voix indépendantes*, in *amnesty.org*, January 22, 2024, <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2024/01/burkina-faso-free-human-rights-defender-daouda-diallo-and-end-discriminatory-conscription-of-independent-voices/>

3.2.2. Mali: Presidential Authority Amidst Security Challenges

In Mali, a national state of emergency, first introduced by President Keïta after the 2015 Radisson Blu hotel attack in Bamako, was repeatedly extended by the National Assembly. The legislation was implemented according to the *Loi n° 87-49/AN- RM du 10 août 1987 relative à l'État de Siège et à l'État d'Urgence*, then replaced by the *Loi n° 2017-055 du 06 novembre 2017 relative à l'État de Siège et à l'État d'Urgence*. Under *état d'urgence*, the law permits regulating or prohibiting the movement of people, vehicles, or goods in specific locations and times. It also allows establishing security zones where individual presence is regulated or prohibited. Furthermore, the Government is empowered to prohibit any person's stay in a district or part of a district if deemed to hinder public authorities. The Government can also prohibit all processions, parades, gatherings, and public demonstrations (Art. 6). The administrative authority may order house arrest in a territorial district or specific locality for anyone whose activity threatens public security and order (Art. 8); order temporary closure of public places and prohibit public or private meetings likely to cause disorder (Art. 9); conduct searches and seize weapons, private radio transmitting/receiving stations, and vehicles whose drivers evade police control (Art. 10); requisition individuals, goods, and services (Art. 12); control the press and all publications, social networks, radio and television broadcasts, film screenings, and theatrical performances (Art. 13); pronounce administrative internment of individuals whose activity endangers public safety (Art. 14); and control postal, telegraphic, electronic, and telephone correspondence (Art. 15). Finally, the state of emergency decree may expressly grant the competent administrative authority power to transfer or suspend any civil servant or any other agent of the State or of the Territorial Authorities whose activity threatens public safety (Art. 16). Finally, Article 3 states that if *état de siège* is declared, the military authority is vested with all the powers listed in Articles 7 to 12.

In March 2020, President Keïta proclaimed a new state of emergency in response to the COVID-19 pandemic, «in addition to the state of emergency that already prevails in this country due to the security context»⁸⁴.

⁸⁴ Declaration of President Keïta of the March 25, 2020, see *Lutte contre le covid-19 : Etat d'urgence sanitaire et couvre-feu nocturne au Mali*, in *bbc.com*, March 26, 2020, available online at <https://www.bbc.com/afrique/region-52043239#:~:text=Un%20couvre%2Dfeu%20>

The state of emergency in force since 2015 was effectively repealed after the August 18, 2020, coup. However, the military reinstated it in December 2020, along with a “*état d’alerte sanitaire*”, prolonging it until June 2021. Measures enforced included prohibiting individual movement, closing public spaces, and prohibiting demonstrations and public gatherings.

Of particular concern was the authorization on public authorities to take all necessary measures to control the press and all publications, social networks, as well as radio and television broadcasts, film screenings and theatrical performances⁸⁵. Indeed, a striking example of the impact of emergency measures in Mali is the crackdown on media freedom, which has intensified since 2022. On April 2, 2022, the High Authority for Communication (HAC) suspended France 24 and Radio France Internationale (RFI) and imposed stricter limits on foreign media. The clampdown continued into 2023 and 2024. On August 23, 2024, the HAC suspended French news channel LCI for two months, accusing it of broadcasting “false accusations” against the Malian armed forces and their Russian allies during coverage of the Battle of Tinzaouatène⁸⁶. Subsequently, on September 11, 2024, TV5 Monde was suspended for three months for alleged bias in reporting a drone strike in Tinzaouatène that killed 15 civilians. The HAC criticized the outlet for not adequately representing the Malian army’s perspective⁸⁷.

est%20également,et%20au%20transport%20de%20marchandises%22.

⁸⁵ *Coronavirus au Mali : le retour de l’état d’urgence inquiète les médias*, in *jeuneafrique.com*, December 20, 2020, available online at <https://www.jeuneafrique.com/1093710/politique/coronavirus-au-mali-le-retour-de-letat-durgence-inquiete-les-medias/>. In the wake of the heated debate surrounding the decree, which has been perceived as an assault on freedom of expression and the media, the Ministry of Territorial Administration and Decentralisation released a statement asserting that the update is justified by «*la nécessité d’exécuter correctement le Décret n° 2020-0317 /PT-RM du 18 décembre 2020 déclarant l’état d’urgence sur le territoire national et le besoin d’adaptation de la nouvelle instruction avec les dispositions de la Loi n°2017-055 du 06 novembre 2017 relative à l’état de siège et à l’état d’urgences*» and, in particular article 13 of the 2017 legislation.

⁸⁶ *Mali suspends French news channel LCI for two months*, in *rfi.fr*, August 25, 2024, available online at <https://www.rfi.fr/en/africa/20240825-mali-suspends-french-news-channel-lci-for-two-months>.

⁸⁷ *Mali junta suspends French-language channel TV5 Monde for lack of ‘balance’*, in *france24.com*, September 11, 2024, available online at <https://www.france24.com/en/africa/20240911-mali-junta-suspends-french-language-tv-station-tv5-monde-for-lack-of-balance>.

3.2.3. *Senegal: Stability or Presidential Overreach?*

In Senegal, *état d'urgence* was activated in March 2020 in response to the COVID-19 pandemic. The legislation applied was the *Loi n° 69-29 du 29 avril 1969 relative à l'état d'urgence et à l'état de siège*, modified by the *Loi n°2021 18 du 19 janvier 2021*.

The provisions of this law are greatly similar to that already analyzed of the 2017 Malian Law, to which we refer. However, a peculiarity of this legislation is the introduction of a specific discipline concerning the natural or sanitary catastrophes. Indeed, the 2021 Law introduced “Title 4” concerning the “*Gestion des catastrophes naturelles ou sanitaires*”. Article 24 states that «in the event of natural or public health disasters, the competent administrative authority shall be empowered, without the declaration of a state of emergency or state of siege, to take measures to ensure the normal functioning of public services and the protection of the population. These measures may include, in particular, the establishment of a curfew and the limitation of movement across all or part of the national territory for a period of one month, renewable once». Therefore, in the event of a natural disaster, the *état d'urgence* and *état de siège* framework can be set aside, and exceptional powers are directly granted to the «competent administrative authority». Furthermore, additional exceptional measures may be implemented, including curfews and movement restrictions. As outlined in Article 25, these measures are exercised by the President or, by delegation, the Minister of the Interior, other Ministers whose intervention is necessary, governors, and prefects. Thus, the *Décret n° 2020-830 du 23 mars 2020*, allowed administrative authorities to regulate or prohibit the movement of individuals, vehicles, and goods in specific areas and times; impose general or specific bans on public processions, parades, gatherings, and demonstrations; order temporary closure of public places and meeting venues; and prohibit public or private meetings of any kind that may provoke or sustain disorder. These measures were accompanied by a nationwide curfew⁸⁸. The *état d'urgence*, extended several times, ended in March 2021⁸⁹.

⁸⁸ See the Declaration of the President Sall of March 23, 2020, available online at <https://www.sante.gouv.sn/sites/default/files/Discours%20Président%20de%20la%20République%20%20état%20d%27urgence%20COVID-19.pdf>

⁸⁹ The *Loi n° 2020-13 du 2 avril 2020* granted the President of Senegal exceptional powers to extend the state of emergency for a maximum period of three months. The

Although Senegal's exceptional measures were driven by different circumstances compared to those in Mali and Burkina Faso, the limitations imposed have sparked similar concerns. The regulation regarding natural or health disasters is a matter of particular note. Firstly, a criticism has been levelled at the regulation itself for being excessively generic. Secondly, it has been asserted that the legislation has effectively eliminated the National Assembly's residual control role, granting the President, or delegated authorities, substantial power to limit freedoms and rights⁹⁰. The opacity surrounding these measures' adoption, without sufficient transparency regarding legislative documents or government initiatives, has also been criticized. The government has been denounced for failing to provide any meaningful assessment of the state of emergency's impact on Senegalese society, and neither the police nor the gendarmerie published any quantified evaluation of its effects⁹¹. Furthermore, the decree adopted in March 2020 by the Minister of the Interior (*Arrêté N° 007782 du 13 mars 2020*) was contested for severely restricting fundamental freedoms, namely freedom of assembly and expression, without a precedent declaration of a state of emergency, which was adopted only on April 2. Moreover, the implementation of this emergency legislation has been accompanied by violence against journalists, occurring during the enforcement of curfews. In March 2020, following the declaration of the

Décret n° 2020-925 du 3 avril 2020 extended the state of emergency for a period of 30 days, while the *Décret n° 2020-1014 du 3 mai 2020* extended the state of emergency for an additional period of 30 days. On June 29, 2020 President Sall announced the lifting of the curfew and state of emergency imposed against Covid-19. However, on January 5, 2021, another *état d'urgence* was introduced in the capital Dakar and its surroundings (*décret n° 2021-01 du 5 janvier 2021*), that lasted until March 2021.

⁹⁰ «C'est excessif, c'est donner trop de pouvoir à l'exécutif sans un contrôle parlementaire», protests Sadikh Niass, secretary general of RADHHO (*Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme*), see *Sénégal: le texte sur les «catastrophes naturelles ou sanitaires» adopté par les députés*, in *rfi.fr*, January 12, 2021, available online at <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20210112-sénégal-le-texte-sur-les-catastrophes-naturelles-ou-sanitaires-adopté-par-les-députés>. «En d'autres termes, la nouvelle loi normalise le recours à des mesures potentiellement draconiennes à l'entière discrétion de l'exécutif. À notre avis, cela constitue une violation des critères de légalité, de nécessité et de proportionnalité prévus par le droit international des droits de l'homme», cf. *Sénégal : la réponse à la COVID-19 constitue une violation des droits*, in *article19ao.org*, September 21, 2021, available online at <https://article19ao.org/senegal-la-reponse-a-la-covid-19-constitue-une-violation-des-droits/>.

⁹¹ *État d'urgence au Sénégal : nécessaire transparence gouvernementale*, in *apc.org*, June 15, 2020, available online at <https://www.apc.org/node/36498>

state of emergency, two journalists were reportedly attacked by police in Touba for allegedly violating the curfew. On June 2, 2020, demonstrators expressing discontent with the restrictions and curfew attacked Radio Futurs Médias in Mbacké. Subsequently, on June 24, 2020, a 7TV cameraman was brutally attacked by unidentified assailants while reporting⁹².

4. *Conclusions*

This study explored the challenges and limitations of implementing democratic institutions in sub-Saharan Africa, focusing on the Presidency institution. A comparative analysis of the Constitutions of Burkina Faso, Mali, and Senegal highlighted the central role of the President, whose authority extends across all three branches of government. After a historical overview of constitutional developments, the research concentrated on specific presidential powers embedded in these Constitutions, particularly emergency powers. This institution clarifies the potential consequences of granting such extensive powers to this figure. The study concludes by evaluating the constitutional provisions' implications for democratic progress, offering a nuanced understanding of their role in shaping political trajectories within the region.

Indeed, the Sahelian countries analyzed, that embarked upon the process of independence and nation-building during the 1960s, have pursued a form of government that favored the role of the President over the other constitutional bodies. This model has persisted during all the different constitutional cycles that followed, with the President gradually accumulating important prerogatives and tasks, that reinforced his authority. The 1990s marked a pivotal shift, as a renewed democratic spirit began to permeate the ruling elites. This revival led to the drafting of new democratic Constitutions with stronger provisions safeguarding constitutional guarantees and the rule of law. However, despite the influence of the “third wave” of democratization, the examined Constitutions largely preserved the original structure, maintaining the President's central and dominant role. Facing contemporary challenges, such as terrorism and demands for political change, this figure remains indispensable and central. Nevertheless, in a number of instances, there were clear indications

⁹² *Sénégal: la réponse à la COVID-19 constitue une violation des droits*, cit.

that these systems were heading towards a degeneration into what has been termed “authoritarian presidentialism”⁹³, namely systems in which the pre-eminence of the President is combined with the weakness of Parliament⁹⁴.

The President, while holding uncontested power within the executive branch, also exerts significant influence over the other two branches. In the legislative domain, the President has substantial normative powers, shaping the constitutional and legislative framework. Regarding the judiciary, presidential influence is primarily through appointing judges to the highest courts, which raises concerns about judicial independence. Finally, emergency powers represent a significant domain in which to discern the pivotal role of the President within these countries. These powers, whether enacted through presidential emergency powers or legislative provisions, enable the head of state to bypass or override certain institutional checks and balances with the pretext of addressing pressing crises, ranging from security threats to public health emergencies. While these frameworks are designed to be flexible, recognizing the unpredictable nature of emergencies, their wide scope also carries the inherent risk of facilitating the arbitrary exercise of power. This concern is particularly acute in regions like the Sahel, where the separation of powers is already fragile and democratic institution struggle to assert their authority. Indeed, Sahelian countries face a fundamental dilemma⁹⁵. Their structural weaknesses require extraordinary measures to maintain territorial control. However, this recurring reliance on exceptional powers traps them in a perpetual state of emergency, inhibiting a stable socio-economic context to address the root causes of their fragility. Consequently, these countries are caught in a paradox: while strong, often authoritarian measures are essential to preserve the

⁹³ They are «régimes qui se sont inspirés du système des Etats Unis mais qui n'ont pas respecté ce qui en fait le mérite essentiel, le partage équilibré des pouvoirs et ont laissé le chef de l'Etat accaparer toute l'influence politique», cf. B. JEANNOT, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1991, 120.

⁹⁴ As Lijphart highlights, in these systems, the President is «even more powerful than in most pure presidential systems», see A. LIJPHART, *Constitutional Design for Divided Societies*, in *J. Democracy*, vol. 15, n. 2. 2004, 96-109.

⁹⁵ Edozie speaks of the “dilemma” between democracy and security, cf. R. K. EDOZIE, R. KIKI, *Reconstructing the Third Wave of Democracy: Comparative African Democratic Politics*, cit., 149.

state, their use undermines the authorities' legitimacy, weakening them and exposing them to greater destabilization risks. However, this «permanent state of exception»⁹⁶, while seemingly ineffective in combating the targeted threat (as evidenced by frequent coups justified by the previous ruling class's inability to ensure citizen security), has instead led to a clear compression, if not violation, of the very citizens' human rights it sought to protect.

Despite the various challenges faced by countries in the Sahel region, the role of the President remains pivotal. Beyond the essential centrality of this figure, however, lies the question of its potential positive contributions to democratic development. Does the concentration of extensive powers in the President hinder democratic progress, or can it, at times, serve as a catalyst for economic growth and stability? Ultimately, are democracy and strong executive authority inherently at odds, or can they be meaningfully reconciled? This pervasive role has, in fact, prompted a number of concerns regarding the respect for the principle of the separation of powers in these countries and the very existence of a democratic state. This opens the door to multiple interpretations, partly shaped by the evolving realities within these countries.

On one hand, Mali and Burkina Faso's experiences, where military juntas control the state while invoking constitutional texts ultimately aligned with the traditions of previous regimes, cast doubt on presidential or semi-presidential systems' potential to advance democracy. These countries show regressions in fundamental democratic principles, especially human rights and constitutional safeguards. Moreover, this backsliding appears driven, or at least facilitated, by their constitutional frameworks, which concentrate extensive powers in the President's hands. Such cases highlight the dangers of unchecked presidential authority, which can exacerbate authoritarian tendencies and destabilize governance.

Conversely, Senegal presents a contrasting scenario. While con-

⁹⁶ On the “normalization of the emergency”, which aims at stabilizing the exceptional regime within the legal system, thereby depriving it of its non-ordinary nature, see T. SÁNCHEZ, *Constitución y legislación antiterrorista*, in *Revista de Derecho Político*, vol. 71-72, 2008, 553-605; G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, cit., 1185-1211; M. CAVINO, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia. (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta online*, vol. 3, 2015, 832.

fronted with significant challenges, primarily economic, these have not given rise to the same kind of political upheaval observed in other African nations. Instead, general discontent has revitalized civil society and political parties as vehicles for democratic expression. Recent protests, while reflecting dissatisfaction with the ruling party, also signal the resilience of Senegal's democratic fabric. The recent change in governance – marking the end of decades-long rule by the *Alliance pour la République* (APR) and the rise of the populist *Patriotes Africains du Sénégal pour le Travail, l'Éthique et la Fraternité* (PASTEF) party – is indicative of this democratic vigor. Although the motivations behind the Senegalese population's pivot toward populism must not be underestimated, and opposition parties, if they hope to regain the trust of the electorate, must critically examine the causes of their decline in popularity, this shift highlights a dynamic and engaged democratic system.

This divergence raises questions about the interplay between constitutional design and practical governance in the Sahel⁹⁷. Nevertheless, the difference is striking, especially given the relatively shared constitutional traditions. This disparity, between constitutional struc-

⁹⁷ Scholars have identified several reasons why Senegal has emerged as an example of stability in the region. One is the Sufi Islam tradition. Indeed, «*Senegal is 94% Muslim and Sufi Islam dominates culturally, economically, and sometimes politically. Sufis – Islamic mystics – seek divine love and knowledge through self-discipline, [so that] religious minorities have long been accepted and given the freedom to practice their religions*», cf. M. LEICHTMAN, *The Exception: Behind Senegal's History of Stability*, in *The Conversation*, March 14, 2019, available online at <https://theconversation.com/the-exception-behind-senegals-history-of-stability-113198>. Worth of consideration is also the importance that Senegal had during French colonization. In addition to being the first French colony in Africa, Senegal was also linked to France by the establishment of four communes along its coast. Such territories were governed as integral parts of the French Republic, rather than as mere colonial possessions. In accordance with this system of governance, the metropolis held unquestionable authority over the territories and their inhabitants; however, individuals from these communes had accorded the status of French citizens, along with the right to vote and elect a representative to the National Assembly. Furthermore, Senegal served as the administrative capital of the *Afrique Occidentale Française* initially placed in Saint-Louis (1895-1902) and subsequently in Dakar (1902-1960). This French influence has provided Senegal with an history of fostering global intellectual, diplomatic, and financial connections, cf. S.J. SAPPLETON, *Constitutional Development in Postindependence Francophone West Africa: A Comparative Case Study of Senegal and Côte d'Ivoire*, cit., 183-203.

tures and their implementation, underscores the central premise of this paper: the gap between formal constitutional provisions and their application. Closing this gap requires not only reforming Constitutions but also fostering political cultures and institutions prioritizing accountability, inclusivity, and the separation of powers. By addressing the root causes of governance failures, the region can chart a course toward stability and democratic consolidation. For policymakers, this analysis offers a valuable lens to navigate the complex interplay of constitutional structures and political realities, paving the way for more effective support for democratic governance.

Abstract

In the period following the attainment of independence, the majority of countries in the Sahel region opted to adopt a system of government that favored the role of the President of the Republic. However, while these nations introduced presidential or semi-presidential form of government, their implementation have often resulted in “hyper-presidential” governance, centralizing authority in the executive branch. The supremacy of the President of the Republic, as enshrined in these Constitutions, was considered by many to be essential to promoting the unity of the newborn countries. However, it has also been characterized the entire constitutional path of these countries, leading to a considerable debate regarding the respect for the separation of powers and the rule of law in these countries. This debate has intensified in recent years due to rising security threats in the region, which have further bolstered calls for a strong presidential role to safeguard the state. The Constitutions of Sahelian countries reflect both common strategies and distinct approaches to managing these challenges. A comparative analysis, with a focus on emergency powers, underscores the similarities in their responses and highlights the varied efforts made to navigate the balance between authority and democratic governance. By highlighting these dynamics, the paper sheds new light on the tensions between the necessity of strong leadership in addressing pressing security crises and the risks of authoritarian overreach.

Il presidente nell'Africa subsahariana:
garante costituzionale o deriva iperpresidenziale?

Nel periodo successivo all'ottenimento dell'indipendenza, la maggior parte dei Paesi della regione saheliana ha scelto di adottare un sistema di governo che privilegiava il ruolo del Presidente della Repubblica. Tuttavia, sebbene questi Stati abbiano formalmente introdotto forme di governo presidenziali o semipresidenziali, nella pratica ciò si è spesso tradotto in un modello di governo "iper-presidenziale", con una forte concentrazione del potere nell'esecutivo. La supremazia del Presidente della Repubblica, sancita nelle rispettive Costituzioni, è stata considerata da molti come elemento necessario per promuovere l'unità dei nuovi Stati. Tuttavia, essa ha anche caratterizzato l'intero percorso costituzionale di questi Paesi, sollevando un ampio dibattito sul rispetto del principio di separazione dei poteri e dello stato di diritto. Negli ultimi anni, tale dibattito si è intensificato a causa dell'aggravarsi delle minacce alla sicurezza nella regione, che hanno rafforzato le richieste di un ruolo presidenziale forte come garanzia della stabilità statale. Le Costituzioni dei Paesi del Sahel riflettono al contempo strategie comuni e approcci distinti per far fronte a queste sfide. Un'analisi comparata, con un focus specifico sui poteri di emergenza, mette in evidenza le analogie nelle risposte istituzionali adottate e mostra i diversi tentativi di trovare un equilibrio tra autorità presidenziale e governance democratica. Evidenziando tali dinamiche, il contributo propone una lettura rinnovata delle tensioni esistenti tra la necessità di una leadership forte per affrontare crisi di sicurezza urgenti e i rischi di una deriva autoritaria.

L'insostenibile rigidità del termine di dodici mesi dettato dall'art. 21 nonies della l. n. 241/1990 per l'emanazione dei provvedimenti di annullamento d'ufficio

di Federica Campolo

SOMMARIO: 1. L'annullamento d'ufficio tra cura dell'interesse pubblico e tutela del legittimo affidamento del privato. – 2. L'autotutela doverosa. – 3. Autoannullamento e cura degli interessi sensibili. – 3.1. La pronuncia Corte costituzionale 2 luglio 2025, n. 88. – 4. Brevi riflessioni conclusive.

1. *L'annullamento d'ufficio tra cura dell'interesse pubblico e tutela del legittimo affidamento del privato*

Il potere dell'Amministrazione di autoannullare i propri provvedimenti è da considerarsi un'eredità del modello di Stato assoluto, caratterizzato dall'indistinzione tra le differenti funzioni pubbliche¹. Con l'avvento dello Stato liberale, l'annullamento d'ufficio è rimasto una peculiarità dei provvedimenti amministrativi, espressione del privilegio accordato dall'ordinamento all'Amministrazione, per la migliore tutela dell'interesse pubblico², nonché della teorica dell'inconsumabilità del potere³.

¹ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2003, 944, per cui «L'origine del potere di annullamento d'ufficio è da individuare nell'indistinzione tra le diverse funzioni pubbliche, tipica dello stato assoluto. La sua sopravvivenza è legata al principio della separazione dei poteri e agli istituti di giustizia amministrativa: poiché all'amministrazione spetta il potere di annullare i propri provvedimenti su ricorso degli interessati, le è sempre stato riconosciuto anche quello di annullarli in assenza di ricorso [...]. Questa origine spiega la particolare natura dell'istituto, conseguenza della peculiarità del rapporto tra amministrazione e giurisdizione: in esso coesistono l'aspetto dell'eliminazione del vizio e del ripristino della legalità e quello dell'interesse pubblico e della funzione amministrativa. Nell'ordinamento francese, la prevalenza del primo aspetto ha determinato uno sviluppo dell'istituto in senso giustiziale: per i provvedimenti favorevoli al destinatario, l'annullamento deve essere pronunciato entro il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale; nell'ordinamento italiano, invece, tende a prevalere il secondo aspetto, con la conseguenza che non vi è un termine per l'annullamento».

² F. BENVENUTI, voce *Autotutela* (*Dir. amm.*), in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 537.

³ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 7 giugno 1995, n. 2917/94, che parla di *perennità della*

Per molti anni quest'istituto non è stato regolato da alcuna specifica normativa e i suoi confini sono stati tratteggiati dalla sola giurisprudenza.

Come noto, il testo originario della legge sul procedimento non dettava una disciplina dei poteri di autotutela dell'Amministrazione, per la quale si è dovuto attendere la legge 11 febbraio 2005, n. 15⁴, che ha avuto il pregio di introdurre il Capo IV-*bis*, dedicato a «*efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo, revoca e recesso*», dando stabilità agli orientamenti giurisprudenziali ormai consolidatisi in materia⁵.

In particolare, il comma 1 dell'art. 21 *nonies*, nella sua prima elaborazione, prevedeva che il provvedimento amministrativo illegittimo potesse essere annullato d'ufficio «*sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*».

L'istituto in esame ha subito una prima limitazione ad opera dell'art. 25, comma 1, lett. b-*quater*) del decreto-legge 12 settembre 2014, c.d.

potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi. In dottrina si veda, tra i più recenti contributi, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018. Questa lettura trova conferma nella recentissima pronuncia Corte cost., 2 luglio 2025, n. 88, che si avrà modo di approfondire nel prosieguo, che, nel ricostruire l'evoluzione dell'annullamento d'ufficio ha evidenziato come tradizionalmente, prima dell'introduzione dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 «la funzione del riesame è stata ritenuta espressione dello stesso potere esercitato in primo grado (o di un potere implicito che da questo derivava), di cui condivideva il carattere di inesauribilità, e il suo fondamento costituzionale è stato rintracciato nel principio di buona andamento dell'amministrazione».

⁴ L. 15/2005 recante *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*. Sull'incidenza della legge Madia sull'autotutela la dottrina è molto ampia. Si vedano, ad esempio, M. LIPARI, *La s.c.i.a. e l'autotutela nella l. 124/2015: i primi dubbi interpretativi*, in www.federalismi.it, 2015; M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, *ivi*, 2016; ID., *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, *ivi*; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri di autotutela in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, *ivi*, 24, 2015; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 124/2015*, in questa *Rivista*, 3, 2016, 331 ss.

⁵ Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 1999, n. 1812 e Id., 20 agosto 1996, n. 939, in relazione alla necessità che l'esercizio dei poteri di autotutela avvenga entro un termine ragionevole. In dottrina cfr. G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 4, 2002, 689.

Sblocca Italia, che ha esteso la previsione della dequotazione dei vizi formali del provvedimento, di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, dettata originariamente per l'annullamento del giudice amministrativo, anche all'autoannullamento delle Amministrazioni⁶.

Poco dopo, la legge 7 agosto 2015, n. 124, c.d. legge Madia, ha introdotto quale presupposto temporale dell'annullamento d'ufficio, accanto al generale "termine ragionevole", il limite di diciotto mesi, applicabile per i provvedimenti autorizzativi e di attribuzione di vantaggi economici.

Attraverso il medesimo intervento legislativo è stato, inoltre, aggiunto all'art. 21 *nonies* il comma 2 *bis*, secondo cui «I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445».

Scopo del legislatore era quello di rafforzare la posizione soggettiva del privato, dando risposta alla sua esigenza di stabilizzazione dei rapporti. Come si legge nel noto parere del Consiglio di Stato, 30 marzo 2016, n. 839⁷, l'introduzione del termine di diciotto mesi dettava un "nuovo paradigma" nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni, colmando una lacuna che si riteneva incidere negativamente sull'obiettivo di liberalizzazione, oltre che sui canoni comunitari di libera circolazione dei servizi.

Nel citato parere, il Consiglio di Stato sottolineava il ruolo riequilibrante del rapporto pubblico-privato che assumeva l'introduzione del termine perentorio per l'autoannullamento. In questo senso veniva messo in luce che «il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico

⁶ L'art. 25, comma 1, b-*quater*), della l. 133/2014 stabiliva, più precisamente, che «all'articolo 21-*nonies*, comma 1, sono apportate le seguenti modificazioni:

1) dopo le parole: «dell'articolo 21-*octies*» sono inserite le seguenti: «, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2»;

2) è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

⁷ Cfr. Cons. Stato, 30 marzo 2016, n. 839.

nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati».

È evidente come tale riforma si inserisca in un contesto di profondo mutamento del rapporto tra pubblica Amministrazione e privati, con la volontà di eliminare gli spazi di “privilegio” della prima, considerati ostacoli per la crescita economica⁸.

In tal senso, la nota pronuncia Consiglio di Stato, ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8⁹ ha esplicitato come la teorica dell'inconsumabilità del potere se è «predicabile senza riserve in periodi caratterizzati dalla prevalenza del momento autoritativo nei rapporti fra amministrazione e cittadino e dal sostanziale privilegio riconosciuto all'amministrazione in sede di esercizio dell'autotutela, debba essere almeno in parte rimediata nell'attuale fase di evoluzione di sistema, che postula una sempre maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e alla tendenziale attenuazione dei privilegi riconosciuti all'amministrazione, anche quando agisce con poteri squisitamente autoritativi e nel perseguimento di primarie finalità di interesse pubblico».

La concezione dell'annullamento d'ufficio che emergeva dalla legge Madia, per cui, come si è accennato, l'indeterminatezza del termine per l'esercizio del potere di autoannullamento è da intendersi quale insostenibile ostacolo all'esigenza di certezza del privato, ha trovato recente conferma nella previsione dettata dal decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34¹⁰, in vigore solamente fino al 31 dicembre 2020. Il suo art. 264, comma 1, lett. h), infatti, ha ridotto a tre mesi il termine entro il quale le Amministrazioni possono procedere all'annullamento d'ufficio dei provvedimenti adottati

⁸ «In altri termini, ad avviso della Commissione Speciale, è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all'art. 21-nonies della legge n. 241, abbia introdotto una nuova 'regola generale' che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento.

Una regola speculare – nella ratio e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve». Cfr. Cons. Stato, 30 marzo 2016, n. 839, cit.

⁹ Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 5, I, 1089.

¹⁰ D.l. 34/2020, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 (in S.O. n. 25, relativo alla G.U. 18/07/2020, n. 180), recante *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

in relazione all'emergenza Covid-19, «al fine di garantire la massima semplificazione, l'accelerazione dei procedimenti amministrativi e la rimozione di ogni ostacolo burocratico nella vita dei cittadini e delle imprese».

In ultimo, l'art. 21 *nonies* è stato modificato dall'art. 63 della l. n. 108 del 2021¹¹, di conversione del c.d. "Decreto semplificazioni 2", che ha inciso sul termine fissato per l'emanazione dei provvedimenti di annullamento in autotutela, riducendolo a dodici mesi, allo scopo di «consentire un più efficace bilanciamento tra la tutela del legittimo affidamento del privato interessato e l'interesse pubblico»¹².

La ricostruzione della disciplina dell'annullamento in autotutela, così brevemente delineata, descrive un percorso in cui l'intrinseco privilegio della p.a., che connotava l'istituto dell'autotutela, ritenuto un indispensabile strumento per la cura dell'interesse pubblico, procede verso un inesorabile sgretolamento, a vantaggio delle esigenze di certezza del privato¹³.

Nel prosieguo si cercherà di evidenziare come il descritto mutamento abbia trovato delle resistenze nella prassi applicativa, che sono confluite in interpretazioni giurisprudenziali ovvero particolari interventi legislativi "correttivi" del dettato normativo.

L'annullamento d'ufficio, come accennato, condivide con molti degli istituti di diritto amministrativo un'origine giurisprudenziale. I suoi precisi confini, prima ancora che essere delineati dal legislatore, sono stati tracciati dal giudice amministrativo che, applicando i principi generali della materia ai casi concreti posti alla sua attenzione, con il tempo ne ha definito portata e limiti. Una volta consolidatisi, questi sono stati recepiti dal legislatore e cristallizzati, in particolare, nella legge sul procedimento. È per questa ragione che gli indirizzi giurisprudenziali formatisi intorno all'art. 21 *nonies* rappresentano chiare indicazioni circa l'attuale concreta

¹¹ L. n. 108/2021 *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, (GU n.181 del 30-07-2021 – Suppl. Ordinario n. 26).

¹² Come si legge nella Relazione illustrativa al D.L. n. 77/2021.

¹³ Cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 124/2015*, cit., 336 ove evidenzia che «si potrebbe giungere ad affermare che la tutela dell'affidamento è il valore cardine che si pone sull'altro piatto della bilancia rispetto all'obbligo dell'amministrazione di perseguire costantemente l'interesse pubblico, anche ritornando sui propri atti, che costituisce l'essenza stessa del potere di riesame, ancor più dell'interesse al ripristino della legalità».

prassi applicativa e le criticità percepite dagli interpreti, fornendo anticipazioni su quella che potrà essere l'evoluzione, anche legislativa, dell'istituto.

In questa sede, senza alcuna pretesa di esaustività, si intende indagare due peculiari filoni giurisprudenziali, accomunati dalla medesima attenzione per l'elemento temporale nell'esercizio dell'autoannullamento, che, come si è detto, costituisce l'aspetto su cui si sono concentrate le più recenti modifiche legislative dell'art. 21 *nonies*.

Verrà posta l'attenzione, in primo luogo, sulla c.d. autotutela doverosa¹⁴, concetto ampiamente indagato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ma ad oggi ancora privo di una sua stabilità interpretativa, che descrive tutte quelle ipotesi, tassativamente individuate dal legislatore ovvero delineate dal g.a., in cui il potere di riesame dei propri atti da parte delle Amministrazioni si applica in deroga rispetto alla disciplina generale, tra cui, in alcuni casi, il presupposto temporale¹⁵.

In secondo luogo, si cercherà di esplicitare come l'annullamento d'ufficio trovi concreta applicazione in relazione agli interessi sensibili, quali quelli ambientali, paesaggistici e culturali, partendo dall'esame della peculiare casistica dell'autoannullamento degli attestati di libera circolazione dei beni culturali, oggi di particolare attualità, in ragione della pronuncia Consiglio di Stato con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 *nonies*, comma 1¹⁶, dichiarata in parte inammissibile

¹⁴ Sull'autotutela doverosa, in dottrina, tra i più recenti contributi, si vedano, *ex multis*, N. POSTERARO, *Il dovere di provvedere a fronte di una richiesta di annullamento in autotutela*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2023, 359-361; M. GIANVAZZI, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effeto utile*, in *www.ceridap.eu*, 4, 2020; F.V. VIRZÌ, *La doverosità del potere d'annullamento d'ufficio*, in *www.federalismi.it*, 14, 2018; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, *ivi*, 16, 2016; 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)*, *ivi*, 20, 2017; G. MANFREDI, *Annulamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 1190 ss.

¹⁵ Come si dirà nel prosieguo, le fattispecie che sono state fatte rientrare da dottrina e giurisprudenza nella categoria dell'autotutela doverosa sono tanto diverse da rendere difficile l'individuazione di una definizione soddisfacente. Nell'opinione di chi scrive, nella moltiplicazione delle ipotesi di autotutela doverosa cui si è assistito negli anni, l'unico tratto capace di accomunarle tutte è proprio l'individuazione di una disciplina in deroga rispetto all'art. 21 *nonies*.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. I, 16 ottobre 2024, n. 8296, in *www.giustiziasieme.it*, con nota di F. CAMPOLO, *Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela. Dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 21 nonies, c. 1, l. 241/1990*, 26 febbraio 2025.

e in parte non fondata dalla sentenza Corte costituzionale 2 luglio 2025, n. 88¹⁷.

Attraverso questa analisi si cercherà, in ultimo, di comprendere se e in che modo la fissazione di un termine perentorio per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio possa dirsi davvero capace di soddisfare l'interesse pubblico.

2. *L'autotutela doverosa*

L'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990 n. 241 detta la disciplina dell'annullamento d'ufficio, che, come noto, costituisce una delle forme di esercizio del potere di autotutela della pubblica Amministrazione previste dal nostro ordinamento¹⁸.

La norma individua le condizioni che possono determinare l'Amministrazione a portare avanti un procedimento di secondo grado, capace di travolgere un precedente provvedimento, privandolo *ex tunc* della sua capacità di produrre effetti giuridici.

L'autotutela doverosa rappresenta una particolare categoria di annullamento d'ufficio dagli incerti confini, al cui interno la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto rientrare diverse casistiche – delineate dal legislatore o di creazione giurisprudenziale – in cui il potere di autoannullamento subisce delle deroghe rispetto alle regole generali dell'istituto¹⁹. Questa

¹⁷ Per un primo commento della pronuncia si veda G. STRAZZA, *La Corte costituzionale definisce i limiti dell'annullamento d'ufficio*.

¹⁸ In termini generali, sull'annullamento d'ufficio si vedano, tra i più recenti contributi dottrinali, M. SINISI, *Autotutela e governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, 2024, 2, 157 ss.; Id., *Il potere di autotutela caducatoria (art. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 543 ss.; M.A. SANDULLI, G. STRAZZA, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza plenaria rilegge il testo originario dell'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990*, in *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, a cura di S. TOSCHEI, Roma, 2018; M.A. SANDULLI, *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in *L'amministrazione pubblica nel prisma del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2017; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit.; 1173 ss. e F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *www.federalismi.it*, 8, 2017; A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO, *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2016, 85 ss.

¹⁹ Invero, in giurisprudenza si utilizza il termine autotutela doverosa anche per

è stata elaborata prima ancora della codificazione dei procedimenti di secondo grado all'interno della l. n. 241/1990.

La manualistica tradizionale²⁰ aveva individuato tre ipotesi al ricorrere delle quali l'Amministrazione era obbligata all'esercizio del potere di autoannullamento, senza dover svolgere un preliminare bilanciamento con l'interesse alla stabilità del provvedimento: l'invalidità dichiarata dal giudice ordinario con sentenza passata in giudicato²¹; l'annullamento giu-

indicare le ipotesi in cui sussisterebbe un obbligo dell'Amministrazione di attivare il procedimento volto all'autotutela, in risposta all'istanza di un privato, facendo, dunque, riferimento all'elemento dell'*an*. Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. II, 19 giugno 2024, n. 5499, per cui «In linea generale non sussiste alcun obbligo per l'amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto. Tuttavia, in alcuni casi ne è stata affermata la natura doverosa in relazione a situazioni peculiari, affermando la sussistenza di un obbligo di provvedere sulla istanza di autotutela in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione. In particolare gli obblighi di buona fede e collaborazione previsti dall'art. 1 della L. n. 241 del 1990 derivanti dall'art. 97 della Costituzione, comportano infatti che l'autotutela, che tendenzialmente costituisce un potere discrezionale dell'Amministrazione, in alcune ipotesi si debba ritenere doverosa, come in caso di assoluzione in sede penale o di altri provvedimenti giurisdizionali che abbiano definito in maniera differente la situazione di fatto».

²⁰ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 710 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024, 519-520 e V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2023.

²¹ In giurisprudenza si veda, *ex multis*, T.A.R. Sardegna, Sez. II, 1° dicembre 2017, n. 746, in *Foro Amm.* – T.A.R., 2017, 12, 2506, secondo cui «Anche a non voler seguire la risalente tesi secondo cui l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi assume i contorni della doverosità giuridica per l'amministrazione competente, quando l'invalidità dell'atto sia stata dichiarata in una sentenza del giudice ordinario passata in giudicato (per effetto di quanto previsto dall'art. 4 della legge n. 2248/1865, All. E, legge cont. amm.), non si può non tenere conto del fatto che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto determina, quantomeno, la dequotazione (per usare una fortunata espressione) dell'obbligo di motivare sulla sussistenza di un interesse pubblico specifico e concreto all'annullamento. In queste ipotesi, infatti, l'amministrazione non deve argomentare in maniera diffusa sulla sussistenza di un interesse pubblico a procedere all'autoannullamento, dovendo, anzi, provvedere (sempre) ad annullare gli atti dichiarati illegittimi dal g.o. a meno che non emerga un interesse pubblico specifico e concreto a non provvedere all'autoannullamento dell'atto. In altri termini, in questi casi, la valutazione che deve essere effettuata dall'amministrazione si volge non alla ricerca, in positivo, di una ragione per annullare in autotutela, ma alla ricerca, in negativo, di una ragione per non annullare». Per le ipotesi di dequotazione del termine finale per l'esercizio del potere è stato coniato in dottrina il ter-

risdizionale o ufficioso di atti presupposti; l'invalidità rilevata in sede di controllo successivo²².

In seguito, la giurisprudenza, attraverso la generica etichetta di autotutela doverosa, ha identificato fattispecie diverse, che hanno in comune, come accennato, l'applicazione di un regime derogatorio rispetto alla disciplina generale dell'autoannullamento²³.

Da un lato, sono individuabili ipotesi – maggiormente in linea con l'attributo della “doverosità” che dà il nome alla categoria in esame – in cui è previsto un vero e proprio obbligo per l'Amministrazione di emettere un provvedimento in autotutela, al sussistere di determinati presupposti. Dall'altro, casi in cui l'elemento temporale non costituisce un limite all'esercizio dell'autotutela, poiché il ripristino della legalità violata viene considerato – dal legislatore ovvero nell'interpretazione offerta dal Giudice – prioritario rispetto all'affidamento del privato²⁴.

Di seguito si indicheranno alcune delle casistiche, più o meno risalenti nel tempo, riconosciute quali ipotesi di autotutela doverosa²⁵.

mine di “autotutela doverosa parziale”. Cfr. N. DURANTE, *L'autotutela doverosa*, Relazione svolta al corso di formazione sul tema “Il diritto amministrativo italiano tra diritto UE e CEDU”, organizzato dall'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa, il 14 marzo 2022.

²² Nella lettura offerta da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., la doverosità era diretta conseguenza della carenza di potere cassatorio diretto del giudice ordinario e della Corte dei conti.

²³ Cfr. la ricostruzione della giurisprudenza sull'autotutela doverosa offerta da S. VALAGAUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2004, 1245 ss.

²⁴ Si veda C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2918, 326 che parla della presenza di vistose eccezioni rispetto all'applicazione di un termine fisso per l'autoannullamento come di «fontana~~zz~~i nella diga temporale eretta dal termine». L'A. cita i seguenti esempi: l'annullamento del provvedimento comunitariamente illegittimo (in cui si assiste a una compressione totale della discrezionalità); il provvedimento emanato sulla base di una norma poi dichiarata incostituzionale o di un decreto-legge non convertito, nonché i casi di illegittimità derivata ad effetto viziante per annullamento del provvedimento presupposto (definite come ipotesi di autoannullamento a esito vincolato); il provvedimento annullato dal giudice, ma tornato in vita a seguito della successiva rinuncia al ricorso; il provvedimento illegittimo comportante l'esborso di denaro pubblico.

²⁵ Nella selezione della casistica di seguito esposta, si è fatto particolare riferimento alla ricostruzione dell'autotutela doverosa recentemente svolta da Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, in *www.giustiziasieme.it*, con nota di F. CAMPOLO, *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21 nonies, comma 2 bis, l. n. 241 del 1990*, 30 maggio 2024.

Una delle prime figure di autotutela doverosa era contenuta all'art. 6, comma 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127²⁶, che obbligava gli enti locali ad autoannullare i provvedimenti di inquadramento del personale illegittimi²⁷. La giurisprudenza che ne ha fatto applicazione ha riconosciuto in questa norma uno speciale potere di autotutela, caratterizzato dall'assenza di discrezionalità nell'*an*, dalla temporaneità del suo esercizio e dall'esonero dai principi giurisprudenziali allora vigenti per l'annullamento d'ufficio, connessi specialmente alla tutela del legittimo affidamento dei privati. Si fa riferimento, in particolare, alla necessità di bilanciare di volta in volta l'interesse pubblico all'annullamento con il legittimo affidamento del privato nella stabilità del provvedimento, bilanciamento su cui non può che incidere il trascorrere del tempo²⁸.

Un'ipotesi di autotutela doverosa largamente diffusa in passato era quella di cui all'abrogato art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311²⁹, che permetteva in ogni tempo alle Amministrazioni, fatti salvi alcuni temperamenti per gli atti incidenti su rapporti contrattuali³⁰, di annullare i propri provvedimenti illegittimi, al fine di garantire un risparmio di spesa pubblica³¹.

²⁶ L. n. 127/1997 *Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*.

²⁷ Tale disposizione normativa risulta di grande interesse per l'analisi qui svolta anche in ragione del fatto che ha fornito l'occasione alla Corte costituzionale di dichiarare, in termini generali, la legittimità costituzionale delle norme che individuano ipotesi di poteri di autotutela vincolata, dal momento 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». Corte cost., 22 marzo 2000, n. 75.

²⁸ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 25 settembre 2006.

²⁹ L. 30 dicembre 2004, n. 311, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria)*.

³⁰ In queste ipotesi il legislatore aveva definito il punto di equilibrio tra il potere di annullamento d'ufficio, dettato da ragioni di convenienza economica, e l'esigenza di certezza nei rapporti contrattuali, individuando in tre anni il limite temporale per il suo esercizio. Si veda, ad esempio, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 15 marzo 2014, n. 219, in *Foro amm.*, T.A.R., 2014, 3, 1002.

³¹ La peculiarità dell'esercizio dell'autotutela per l'annullamento di provvedimenti con i quali sono state indebitamente corrisposte dall'Amministrazione somme di denaro sono tutt'oggi riconosciute dalla giurisprudenza, che non ritiene applicabile, in questi casi, il termine di dodici mesi di cui all'art. 21 *nonies*. Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2024, n. 6117, ove afferma che «è quanto meno dubitabile che l'azione di annullamento di precedenti provvedimenti, quale parte di una più ampia attività amministrativa

Invero, questo peculiare potere di autotutela, diversamente da quello di cui alla l. n. 127/1997 sopra descritto, si caratterizzava per la sola irrilevanza del fattore temporale, poiché il legittimo affidamento del privato era considerato recessivo rispetto all'esigenze di economicità rappresentate dalla norma³².

Ulteriore esempio di autotutela riconosciuta come doverosa si trova all'art. 94 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159³³ per cui, in talune ipotesi correlate a tentativi di infiltrazioni mafiose, devono essere revocate le autorizzazioni e le concessioni o sciolti i contratti pubblici già

doverosa tesa al recupero di somme indebitamente corrisposte, possa in toto equipararsi ad un'autotutela amministrativa in senso stretto.

Questo significa che le manifestazioni di detta attività, allorquando teleologicamente orientate a detto fine, si sottraggono, almeno in parte, e certamente per quanto riguarda i termini per il loro esercizio, alla operatività della disciplina dettata dall'art. 21 nonies della L. 241 del 1990.

A voler diversamente opinare, del resto, dovrebbero ritenersi tacitamente abrogati sia l'articolo 2033 c.c. in tema di indebito oggettivo, che l'art. 2946 c.c. in tema di prescrizione decennale, tutte le volte in cui per l'esercizio dell'azione di ripetizione fosse necessario il previo annullamento di atti risalenti a più di diciotto mesi prima del momento di esercizio della pretesa. Viceversa, è evidente che la pubblica amministrazione che abbia indebitamente corrisposto somme non dovute, possa – come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, pena la violazione dell'art. 3 della Costituzione – esercitare la relativa pretesa entro l'ordinario termine decennale di prescrizione. (cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sezione II, n.97 del 24 gennaio del 2021)».

³² Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 9 marzo 2006, n. 798, ove si legge che «L'art. 1 comma 136 l. n. 311 del 2004 ("Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante e, comunque, non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante"), nella prima parte, ha sottolineato l'importanza e la gravità degli atti di ritiro nonché la necessità di un prudente apprezzamento dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela, sicché proprio questo articolo rende ancora più indispensabile il richiamo, nel corpo della rettifica, alle ragioni, concrete e non meramente ipotetiche, d'interesse pubblico, anche di ordine economico ("Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche"), sottese all'annullamento».

³³ 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.*

stipulati. Nell'interpretazione del giudice amministrativo, l'Amministrazione, in questi casi, ha il dovere imprescindibile di revocare in ogni tempo il contributo già erogato, senza uno specifico obbligo di motivazione, atteso che l'interesse pubblico all'adozione dell'atto è da ritenersi *in re ipsa*³⁴.

Una casistica molto diffusa in giurisprudenza di applicazione dell'autotutela doverosa si ritrova in materia edilizia.

Specialmente in passato – prima delle modifiche apportate dalla riforma Madia alla legge sul procedimento – era maggioritario l'orientamento per cui, in presenza di un titolo edilizio illegittimo, sussistesse un dovere, in capo all'Amministrazione, di provvedere d'ufficio al suo annullamento. In tali ipotesi si riteneva che l'autoannullamento fosse ammissibile anche a distanza di molto tempo dall'adozione del provvedimento e, al ricorrere di determinate circostanze, anche senza che fosse necessaria una specifica motivazione circa la prevalenza dell'interesse pubblico sul legittimo affidamento riposto dal privato³⁵. In questi casi, l'interesse pubblico era identificato nella necessità di ripristinare la legalità violata «atteso che il rilascio del titolo edilizio comporta la sussistenza di una permanente situazione *contra legem* e, di conseguenza, ingenera nell'Amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita»³⁶.

Invero, l'orientamento minoritario sosteneva che, anche nel caso di

³⁴ In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 30 marzo 2020, n. 223, in www.giustizia-amministrativa.it. Si veda altresì, tra le più recenti pronunce, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1° luglio 2024, n. 4060, in *Foro amm. – T.A.R.* 7-08, II, 1102, che esclude in radice la sua riconducibilità ai provvedimenti di autotutela, poiché «l'atto c.d. di revoca non rappresenta affatto (come farebbe pensare il nomen) un nuovo provvedimento adottato in autotutela dall'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale ma un mero atto ricognitivo che constata, quale atto dovuto e vincolato, l'avvenuta verifica della condizione risolutiva afferente al contributo ancora precario».

³⁵ Ciò, in particolare – prima dell'introduzione del comma 2 *bis* all'art. 21 *nonies* – laddove l'illegittimità del titolo in sanatoria fosse stata determinata da una falsa rappresentazione dei fatti e dello stato dei luoghi imputabile al beneficiario del titolo. In tali ipotesi sarebbe risultato inconferente lo stesso richiamo alla disciplina dell'annullamento d'ufficio, poiché era proprio la falsa rappresentazione dei fatti rilevanti a rendere vincolata l'adozione del provvedimento di annullamento in autotutela, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 27 agosto 2012, n. 4619, *Foro amm. – C.d.S.*, 2012, 1932; Id., 19 agosto 2016 n. 3660.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2885, in *Red. Giuffrè*, 2016 e Id. Sez. V, 23 aprile 2014, n. 2060, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2014, 5, 1473.

annullamento d'ufficio di titoli edilizi, avrebbero dovuto trovare integrale applicazione i generali presupposti legali di cui all'art. 21 *nonies*³⁷. Pertanto, la decisione dell'Amministrazione di emanare un provvedimento in autotutela sarebbe stata caratterizzata dall'esercizio di discrezionalità, implicando una valutazione volta alla ricerca del giusto equilibrio tra il ripristino della legalità violata e la conservazione dell'assetto regolativo impresso dal provvedimento viziato, a garanzia della tutela dell'affidamento dei destinatari circa la certezza e la stabilità degli effetti giuridici prodotti dal provvedimento illegittimo.

Il contrasto tra i due citati orientamenti è stato risolto a favore di quello minoritario dalla già richiamata pronuncia Cons. Stato n. 8/2017, per cui se è «certamente condivisibile l'intento di agevolare le amministrazioni nel contrastare anche *ex post* l'abusivismo edilizio (consentendo loro di motivare anche in modo sintetico in ordine alla prevalenza delle ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento dei provvedimenti di sanatoria illegittimamente concessi), non emergono invece argomenti che legittimino la sostanziale de-responsabilizzazione delle amministrazioni stesse attraverso una radicale e indistinta esenzione dal generale obbligo di motivazione. Si osserva al riguardo che l'incondizionata adesione alla (pur suggestiva) formula dell'interesse pubblico in *re ipsa* può produrre effetti distorsivi, consentendo in ipotesi-limite all'amministrazione – la quale abbia comunque errato nel rilascio di una sanatoria illegittima – dapprima di restare inerte anche per un lungo lasso di tempo e poi di adottare un provvedimento di ritiro privo di alcuna motivazione, in tal modo restando pienamente de-responsabilizzata nonostante una triplice violazione dei principi di corretta gestione della cosa pubblica».

Sempre secondo l'Adunanza plenaria citata non risulta condivisibile la tesi per cui occorrerebbe riconoscere maggiore rilevanza all'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo rispetto all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, risultando sempre necessario un adeguato bilanciamento.

Ancora, viene annoverato nella categoria dell'autotutela doverosa l'art. 19, comma 4, della l. n. 241/1990, riguardante all'esercizio dei poteri inibitori in capo alle Amministrazioni, decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3 o comma 6 *bis*, nei sussistendo le condizioni previste dall'art. 21 *nonies*, per l'annullamento d'ufficio.

³⁷ In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2016, n. 351, in *Foro Amm.* – *C.d.S.*, 2013, 2, 420; Id., IV, 15 febbraio 2013, n. 915.

In questa ipotesi il carattere doveroso sarebbe da individuarsi nell'obbligo di risposta dell'Amministrazione, a fronte di un'istanza del privato volta a sollecitare tali poteri inibitori, in ragione dell'intima connessione con il più generale dovere di vigilanza sull'attività edilizia ai fini dell'ordinato assetto del territorio. Quest'obbligo, una volta verificata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21 *nonies*, dovrebbe tradursi in un dovere di esercitare i poteri inibitori³⁸.

Tuttavia, non può non osservarsi come in queste ipotesi riguardanti la SCIA, in cui, come noto, i poteri dell'Amministrazione non intervengono su un provvedimento, ma su un atto del privato, non possa propriamente parlarsi di annullamento d'ufficio e, quindi, l'incasellamento nella categoria dell'autotutela doverosa appare forse forzato³⁹.

Sempre restando all'interno della legge sul procedimento, è stato affermato in giurisprudenza che l'ipotesi di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, rappresenterebbe un ulteriore caso di autotutela doverosa, in cui l'Amministrazione sarebbe obbligata ad annullare d'ufficio il proprio provvedimento, ciò perché, da un lato, l'interessato non potrebbe vantare alcun legittimo affidamento, a fronte di una falsa rappresentazione dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, dall'altro, l'interesse pubblico sarebbe in *re ipsa*⁴⁰.

Invero, l'impiego dell'espressione "possono essere annullati", renderebbe chiaro, secondo una condivisibile interpretazione⁴¹, come al ricor-

³⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737, con la nota di N. POSTERARO, *Alcune considerazioni critiche su due questioni inerenti alla tutela del terzo leso da una SCIA a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2022, 957. Più recentemente si veda, anche, T.A.R. Venezia, Sez. II, 17 marzo 2023, n. 356, in *Foro Amm.* 2023, 3, II, 400 e Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2023, n. 6837 con nota di P. OTRANTO, *Quando "tempus non regit actum". Ancora sulla c.d. "autotutela" in materia di s.c.i.a.*

³⁹ Si parla più propriamente di "autotutela atipica" nella pronuncia T.A.R. Puglia, Lecce, 10 febbraio 2025, n. 199.

⁴⁰ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Veneto, Sez. II, 8 aprile 2022, n. 542, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 3 marzo 2022, n. 365, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2022, 3, II, 449; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18; Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 1 I, 97; Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2017, n. 2885.

⁴¹ In questo senso si è espresso Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, cit., in riforma della sentenza di primo grado emessa dal T.A.R. Puglia, che aveva avvalorato la tesi per cui questa disposizione individuerebbe un vero e proprio obbligo per le Amministrazioni di emettere un provvedimento di secondo grado.

rere di tali circostanze non venga imposto alle Amministrazioni senz'altro l'annullamento dei provvedimenti, ma solo il riesame, senza vincolarne gli esiti. Il comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies*, in altre parole, derogherebbe solamente al limite temporale di cui al suo primo comma⁴².

Infine, strettamente connessa all'ipotesi di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis* – che ne effettua un richiamo – è quella ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000⁴³, per cui, ove emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione secondo una valutazione autonoma dell'Amministrazione, il dichiarante decade dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera. Si tratta di una norma che, secondo la giurisprudenza, non costituirebbe un'eccezione alla regola generale di cui all'art. 21 *nonies*, ma una forma ben definita di autotutela doverosa, posta «a garanzia di supremi valori ed interessi dell'ordinamento contro la consolidazione degli effetti di un atto illegittimo ed ingiusto e non tempestivamente revocato o annullato – aventi dunque una copertura costituzionale di forza superiore all'autotutela discrezionale ed un'efficacia parimenti generale e concorrente con i casi ordinari dell'autotutela discrezionale, oltre ad essere basate sulla delibazione predefinita del pubblico interesse a tale rimozione»⁴⁴.

È innegabile che l'autotutela doverosa costituisca un'incerta figura che – riprendendo il discorso aperto nel primo paragrafo – si pone più vicina a una nozione “classica” di autoannullamento, in controtendenza rispetto alla sua attuale configurazione, in cui la garanzia dell'affidamento del privato ha assunto una portata prioritaria rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico.

⁴² Si veda, *ex multis*, M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, 566, cit.

⁴³ Più precisamente, l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, rubricato “Decadenza dei benefici”, prevede che «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

La dichiarazione mendace comporta, altresì, la revoca degli eventuali benefici già erogati nonché il divieto di accesso a contributi, finanziamenti e agevolazioni per un periodo di 2 anni decorrenti da quando l'amministrazione ha adottato l'atto di decadenza. Restano comunque fermi gli interventi, anche economici, in favore dei minori e per le situazioni familiari e sociali di particolare disagio».

⁴⁴ Cfr., *ex multis*, Cons Stato, Sez. VII, 16 agosto 2023, n. 7767, in *Red. Giuffrè*, 2023, Id. Sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920, cit.; e T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. III, 6 febbraio 2024, n. 115, in *Red. Giuffrè*, 2024.

L'esigenza di curare un dato interesse pubblico può superare i limiti imposti, prima dalla giurisprudenza e poi dal legislatore, per il rispetto della stabilità del provvedimento. Anche il bastione del limite temporale per l'emanazione del provvedimento di secondo grado, principale difesa innalzata per il privato, in talune ipotesi, può essere abbattuto, nel tentativo di ripristinare la legalità violata.

È necessario porre in evidenza, come sottolineato in dottrina⁴⁵, che se l'autotutela doverosa e, dunque, il riconoscimento di deroghe alla disciplina sull'autoannullamento, poteva ritenersi ammissibile in mancanza di una positivizzazione dell'annullamento d'ufficio, oggi che la legge ne detta presupposti e limiti, il suo richiamo da parte della giurisprudenza – al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dal legislatore – appare criticabile.

3. *Autoannullamento e cura degli interessi sensibili*

Esaminare le più recenti tendenze giurisprudenziali sull'autotutela conduce ad approfondire il filone riguardante l'esercizio del potere di autoannullamento in presenza di interessi sensibili, quali i beni culturali, ambientali e paesaggistici.

Questo tema, seppur già oggetto di approfondimenti da parte di attenta dottrina, in particolare a seguito dell'entrata in vigore della legge Madia⁴⁶, risulta oggi di grande attualità grazie alla pronuncia Corte cost.

⁴⁵ In dottrina è stato affermato che «le ipotesi di annullamento doveroso, in costanza delle norme che attualmente lo regolano, contrastano apertamente coi principi cardine posti a base delle regole stesse: pertanto, si può affermare che la prassi giurisprudenziale atta a ravvisare ipotesi di annullamento vincolato, tenuto conto del sistema attualmente in vigore, non è affatto condivisibile». Ancora, l'A. ha posto in rilievo che «Se nei rari casi in cui il legislatore è chiaro, la giurisprudenza individua regole autonome in peius, l'attività economica non avrà davvero alcuna speranza di ripresa. In questo modo, persistendo l'effetto di precarietà, i privati non sono disposti ad entrare in relazione con l'amministrazione di cui non si fidano; si genera, inevitabilmente, una perdita per il benessere collettivo.

Mi sembra che, in tal modo, si torni a riconoscere la sussistenza delle tradizionali barriere protettive dell'autoritarismo e i connessi privilegi della pubblica amministrazione: l'annullamento d'ufficio sembra essere nuovamente espressione di sovranità». N. POSTERARO, *Alcune considerazioni critiche su due questioni inerenti alla tutela del terzo*, cit., 15-16.

⁴⁶ Si vedano, ad esempio, C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit.; P. CARPEN-

n. 88/2025, che, come accennato, ha dichiarato inammissibile/infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, nella parte in cui impone l'applicazione del termine di dodici mesi per l'autoannullamento dei provvedimenti di autorizzazione e attribuzione di vantaggi economici anche nel caso di provvedimenti inerenti a interessi sensibili.

È di interesse esaminare, seppur sinteticamente, la controversia che ha portato all'emanazione della citata pronuncia.

La Direzione generale archeologia belle arti e paesaggio del Ministero della Cultura aveva annullato, sei anni dopo il suo rilascio da parte dell'Ufficio Esportazione di Verona, un attestato di libera circolazione relativo a un olio su tela raffigurante una figura femminile, attribuito alla scuola italiana del XVI secolo, dal valore stimato di € 65.000,00.

L'Amministrazione statale era addivenuta a tale decisione poiché, all'esito di un restauro, era emerso un elemento distintivo dell'opera, in precedenza almeno parzialmente celato a causa del suo cattivo stato di conservazione, che aveva permesso a uno studioso – valorizzando alcune informazioni presenti nel carteggio Vasari – di attribuire proprio al Vasari la sua esecuzione. L'autoannullamento dopo un così ingente lasso di tempo avrebbe trovato giustificazione nell'atteggiamento poco collaborativo e, anzi, omissivo tenuto dalla parte al momento della presentazione dell'istanza, in violazione del dovere di correttezza nei rapporti tra privati e pubblica Amministrazione.

In primo grado il T.A.R. Roma aveva respinto il ricorso del privato, fondato sull'illegittima applicazione dei presupposti temporali di cui all'art. 21 *nonies*, comma 1, ritenendo dovesse, invece, trovare applicazione la previsione di cui al suo successivo comma 2 *bis*.

In appello, il Consiglio di Stato, pur ritenendo condivisibili le censure svolte alla sentenza del T.A.R. con specifico riferimento alla non configurabilità di una condotta di “falsa rappresentazione dei fatti”, in mancanza di una piena prova, ha sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 21 *nonies*, comma 1, della

TIERI, *La tutela dei beni culturali paesaggistici e ambientali nelle riforme della legge n. 124 del 2015*, in *Riv. giur. urb.*, 3, 2016; ID, *Semplificazione e tutela*, in *www.aedon.it*, 3, 2016; M. MAZZAMUTO, *L'amministrazione senza provvedimento: la scia*, in *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: Il Codice dei contratti e la Riforma Madia*. Atti del Convegno di Lecce del 28-29 ottobre 2016, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2017, 33 ss.

l. n. 241/1990, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 9, comma 1 e comma 2, 97, comma 2 e 117, comma 1.

Ciò perché tale previsione, applicata ai provvedimenti di autorizzazione incidenti su un interesse sensibile e di rango costituzionale come la tutela del patrimonio storico e artistico contrasterebbe con:

- «- il parametro costituzionale di ragionevolezza ex art. 3, comma 1, Cost., quale limite alla discrezionalità del legislatore nella costruzione della disciplina di legge;
- la stessa protezione del primario bene costituzionale della integrità ex art. 9, comma 1 e comma 2, del patrimonio storico e artistico della Nazione;
- la responsabilità individuale e collettiva nei confronti dell'eredità culturale sancita dall'art. 1 lett. b) e d) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società firmata a Faro il 27 ottobre 2005;
- l'obbligo dello Stato italiano a 'riconoscere l'interesse pubblico associato agli elementi dell'eredità culturale, in conformità con la loro importanza per la società' e 'promuovere la protezione dell'eredità culturale' ex art. 5 lett. A) e b) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società firmata a Faro il 27 ottobre 2005;
- il valore, pure di rango costituzionale, ex art. 97, comma 2, Cost. del buon andamento dell'amministrazione».

Il caso ora spiegato, riguardante l'autoannullamento di un attestato di libera circolazione dopo molto tempo dal suo rilascio, in ragione della nuova attribuzione della tela a un Maestro di grande fama, anziché alla sua scuola/bottega, lungi dal costituire un *unicum*, è rappresentativo di un fenomeno di una certa diffusione pratica, che negli ultimi anni ha dato vita a un vero e proprio filone giurisprudenziale⁴⁷.

L'orientamento attualmente maggioritario è quello espresso nel caso sottoposto all'esame della Corte costituzionale, cioè di riconoscere l'illegittimità dei provvedimenti di annullamento d'ufficio emessi oltre il termine dei dodici mesi dettato dall'art. 21 *nonies*, comma 1, superabile solo nell'ipotesi di false rappresentazioni dei fatti, di cui al suo comma 2 *bis*⁴⁸.

⁴⁷ Si rimanda alla ricostruzione giurisprudenziale svolta da F. CAMPOLO, *Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela*, cit.

⁴⁸ Cfr. in tal senso, tra le più recenti pronunce, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 2

Emblematica nel circoscrive i confini della deroga di cui all'art. 2 *bis*, nell'ipotesi riguardanti gli attestati di libera circolazione, è la pronuncia Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2023, n. 9962⁴⁹. Questa aveva a oggetto l'accertamento della legittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio di un attestato di libera circolazione riguardante un'opera attribuita al Bassano, presentata al competente Ufficio Esportazione, secondo la ricostruzione dell'Amministrazione, in condizioni conservative non buone, sporca e con una patina che ne avrebbe offuscato la conduzione e qualità pittorica in maniera importante; senza la corretta indicazione, nonostante il fac simile della domanda messo a disposizione della p.a. lo consentisse, di importanti informazioni quali "paternità", "cronologia", "provenienza", "committenza", "notizie storico-artistiche ed "altre caratteristiche", certamente noti al richiedente, data la risalenza della più accreditata e nota bibliografia critica.

In questo caso, secondo il Consiglio di Stato, non emergeva una falsa prospettazione di parte nei termini necessari richiesti dalla norma al fine di rendere inapplicabile il limite dei dodici mesi previsto *ex lege* per l'annullamento. Più precisamente, nell'opinione del Collegio, non configurano una falsa rappresentazione dei fatti i casi in cui la mancata compilazione di voci non obbligatorie del modello di istanza ovvero l'indicazione non corretta della paternità dell'opera, abbiano indotto l'Amministrazione a rilasciare l'attestato di libera circolazione, non rinvenendo un particolare interesse culturale da tutelare. Similmente, ove, in ragione del cattivo stato di conservazione dell'opera, l'Ufficio Esportazione non abbia riconosciuto la reale provenienza dell'opera, non può ritenersi configurabile l'eccezione di cui al comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies*, considerato che l'*aliud pro alio* può dirsi determinato da un difetto di istruttoria dell'Amministrazione.

A dimostrazione della rilevanza pratica della fattispecie, si segnala che il Ministero della Cultura, con circolare n. 21 del 2024, proprio a seguito della pubblicazione della pronuncia Cons. Stato n. 9962/2023, ha invitato gli Uffici Esportazione a prestare particolare attenzione allo svolgimento dell'istruttoria nei procedimenti di rilascio degli attestati di libera circolazione, allo scopo di prevenire, a monte, ricorsi giurisdizionali aventi ad

dicembre 2024, n. 21602, Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2024, n. 8010; T.A.R. Veneto, 31 gennaio 2024, n. 182, *ivi* e Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2023, n. 9962, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2023, n. 9962, cit.

oggetto il provvedimento di annullamento d'ufficio, destinati con tutta probabilità a un esito negativo per l'Amministrazione⁵⁰.

È altresì di interesse portare l'attenzione sul tentativo ancora attuale, espresso da un indirizzo giurisprudenziale minoritario, di superare le criticità sopra descritte date dall'attribuzione del termine di dodici mesi per l'autoannullamento degli attestati di libera circolazione, negando, in radice, la natura autorizzatoria a tali provvedimenti. Tra le pronunce più recenti in tal senso si segnala T.A.R. Roma, 30 giugno 2025, n. 12906 per cui premesso che «appare evidente che il provvedimento che autorizza l'esportazione di un bene di valore artistico-culturale si colloca al di fuori dell'ambito dei provvedimenti autorizzatori o concessori contemplati dall'art. 21 nonies» ne consegue che «rispetto all'attestato di libera circolazione il potere di annullamento d'ufficio esercitato dalla p.a. non può decadere dopo il decorso del termine di diciotto mesi dalla sua data di emanazione»⁵¹.

Come accennato poc'anzi, la problematicità insita nella disciplina dell'annullamento d'ufficio, applicata a provvedimenti riguardanti interessi sensibili, è emersa fin dalle modifiche apportate dalla legge Madia, che hanno configurato un istituto in cui il legittimo affidamento del privato risulta preminente rispetto alla cura dell'interesse pubblico⁵².

⁵⁰ In particolare, nella circolare 24 maggio 2024 n. 21, si legge che «per evitare l'irrimediabile uscita dal territorio nazionale di opere d'arte che, onde opportunamente presentate agli uffici esportazione, non avrebbero ricevuto l'attestato di libera circolazione, si invitano codesti uffici nei casi, comunque limitati, in cui la mancanza o insufficienza di informazioni unitamente alla scarsa leggibilità dell'opera non consentano l'adeguata valutazione dell'interesse culturale, a voler dichiarare l'improcedibilità dell'istanza».

⁵¹ Conforme a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. 2 *quater*, 16 ottobre 2018. Secondo la ricostruzione offerta dalle citate pronunce, gli atti autorizzatori sono quelli di «regolazione delle attività private sottoposte a regime autorizzatorio, che, una volta iniziate in base a tale titolo, proseguono nel tempo, e per la cui realizzazione l'interessato impiega tempo e denaro, rinunciando ad investire in attività alternative, per cui il legislatore ha ritenuto che il mero fatto giuridico del decorso del tempo, visti i diversi interessi in gioco, sia sufficiente a consolidare la legittima aspettativa dell'interessato alla prosecuzione dell'attività svolta in assenza di azioni repressive da parte delle autorità di controllo, sottoponendo il potere repressivo di queste ultime a rigorosi termini di decadenza».

⁵² Per un esame del rapporto tra semplificazione e interessi sensibili, con particolare riferimento agli istituti della l. n. 241/1990 si vedano, *ex multis*, G. SCIULLO, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura* in *www.aedon.it*, 2015, 3; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori...)*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 432; R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti,*

La legge sul procedimento, come noto, per taluni istituti detta un regime speciale e derogatorio, quando si verte intorno a interessi sensibili. Si ricorda, in particolare, la disciplina dell'attività consultiva, normata dall'art. 16, che non trova applicazione «in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini». Allo stesso modo, l'art. 17, inerente alle valutazioni tecniche, «non si applica in caso di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini».

L'art. 19, comma 1, detta l'inapplicabilità della disciplina della SCIA nei casi, tra gli altri, in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali⁵³.

Ancora, il silenzio assenso di cui all'art. 20 che, ai sensi del suo comma 4, non si applica «agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità», nonché il problematico silenzio assenso tra amministrazioni, ai sensi dell'art. 17 bis, per la cui formazione è previsto un termine più lungo rispetto alla disciplina generale, quando riguardi «l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale,

dissensi e silenzi, Torino, 2020; F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 3 ss.; F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17-bis della l. n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 747 ss.; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (insostenibile) leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori...)*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 432.

⁵³ L'art. 19, comma 1, della l. n. 241/1990 stabilisce che «Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria».

dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche».

Ulteriori esempi si rinvencono nella disciplina dettata per la conferenza di servizi e, in particolare, gli artt. 14 *bis*, 14 *ter* e 14 *quater*, che prevedono regole speciali relative ai termini del procedimento e al superamento dei dissensi espressi, qualora si tratti di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale o dei beni culturali.

Con tutta evidenza, il legislatore attraverso tali deroghe, in modo più o meno efficace, ha riconosciuto e tenuto in considerazione la peculiarità degli interessi sensibili, rispetto a tutti gli altri interessi, ritenuti meritevoli di una maggiore ponderazione.

L'annullamento d'ufficio, come già ricordato, ha subito, a partire dal 2015, delle modifiche rispondenti a esigenze di semplificazione e certezza della posizione giuridica del privato, che hanno irrigidito gli spazi di discrezionalità in capo all'Amministrazione per la cura dell'interesse pubblico.

L'evoluzione dell'autoannullamento, diversamente dai citati istituti della l. n. 241/1990, non ha tenuto in considerazione gli interessi sensibili⁵⁴.

Va notato che, prima della riforma Madia, un regime diversificato per gli interessi sensibili non si rendeva necessario, dal momento che la generale applicazione del "termine ragionevole" permetteva una ponderazione dei diversi interessi caso per caso. La novella legislativa, invece, risolvendo, a monte, il bilanciamento tra la tutela dell'affidamento del privato e l'interesse pubblico, in presenza di provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi

⁵⁴ Un rilevante argomento a sostegno della manifesta irragionevolezza dell'art. 21 *nonies* è individuato dalla pronuncia Cons. Stato n. 8296/2024, proprio dal confronto con le ulteriori disposizioni contenute nella l. n. 241 del 1990, che prevedono eccezioni all'applicazione della regola generale, quando entrano in gioco interessi sensibili quali la tutela dell'ambiente e dei beni culturali. Viene fatto riferimento, in particolare, alle seguenti disposizioni: l'art. 19, comma 4; l'art. 20, comma 4; gli artt. 14 *bis*, 14 *ter* e 14 *quinquies*. Tutte le ipotesi citate sono accomunate dalla previsione di una dilatazione dei tempi di valutazione riservati all'Amministrazione e si prestano, pertanto, ad essere paragonate all'art. 21 *nonies*, comma 1, in esame. Il Consiglio di Stato, dopo aver elencato tale casistica, previene facili rilievi critici, specificando che l'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, disciplinante il silenzio assenso tra le Amministrazioni, applicabile espressamente anche quando oggetto del procedimento sono interessi sensibili quali quelli ambientali e culturali, non è idoneo a svalutare l'argomento sopra richiamato. Ciò perché tale istituto vede il confronto orizzontale tra diversi interessi parimenti pubblici.

economici, attraverso l'imposizione di un perentorio limite temporale, ha reso in ogni caso prevalente l'interesse del privato, una volta superato tale limite⁵⁵.

Attenta dottrina, interrogatasi sulla bontà della riforma, aveva fin da subito previsto la grande criticità che il termine perentorio per l'autoannullamento avrebbe portato nella gestione degli interessi sensibili, avvertendolo come una concreta minaccia a fronte della quale le armi a tutela della legalità si rivelavano spuntate⁵⁶. Ci si domandava, allora, se davvero potesse precludersi l'esercizio dell'annullamento d'ufficio ove si trattasse di tutelare un interesse pubblico espressione di valori fondamentali, che avrebbero dovuto prevalere rispetto alla stabilità del provvedimento⁵⁷.

Come accennato, la previsione di un termine perentorio per l'autoannullamento porta, di fatto, alla forte riduzione della discrezionalità dell'Amministrazione, relegando l'interesse pubblico «*ad uno spazio sempre più ristretto e costretto*» tra la crescente pluralità di diritti amministrativi irretrattabili dei privati⁵⁸.

L'esempio dell'autoannullamento dell'attestato di libera circolazione risulta una concretizzazione delle criticità che già si erano preannunciate all'alba della riforma e che oggi, con l'ulteriore riduzione del termine per l'emanazione del provvedimento di secondo grado – espressione della perdurante tendenza a far prevalere l'interesse al legittimo affidamento – sembrano destare ancora maggiore preoccupazione.

3.1. *La pronuncia Corte costituzionale 2 luglio 2025, n. 88*

Come accennato, la conformità alla Costituzione del termine di dodici mesi dettato dall'art. 21 *nonies*, comma 1, anche per le ipotesi di procedimenti riguardanti interessi sensibili, è stata posta al vaglio del Giudice delle leggi. Questo, con pronuncia Corte cost. n. 88/2025, dopo un'attenta ricostruzione dell'evoluzione dell'istituto dell'autotutela, con speciale attenzione al tempo dell'annullamento, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, comma 1

⁵⁵ Cfr. P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali paesaggistici e ambientali nelle riforme della legge n. 124 del 2015*, cit., 47, in termini fortemente critici, ha in proposito chiarito che «non c'è dubbio che oggi, con la legge n. 124 del 2015 e annessi decreti attuativi, ci troviamo decisamente più sul lato “semplificazione” che non sul lato “tutela” della “oscillazione del pendolo”».

⁵⁶ C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 355.

⁵⁷ C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 344.

⁵⁸ Cfr. P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali paesaggistici e ambientali*, cit., 71.

Cost.⁵⁹ e non fondata in riferimento agli artt. 3, comma 1, 9, commi 1 e 2, e 97, comma 2, Cost.

La Corte costituzionale ha evidenziato come l'evoluzione del quadro normativo sia coerente con quella della relazione pubblico-privato, emblematicamente inquadrata nel «passaggio dalla logica della preminenza a quella del servizio».

Secondo il Giudice costituzionale, la nuova concezione dell'autoannullamento porta a distinguere nettamente il procedimento di primo grado da quello di secondo grado, per cui «non è contrario alla ragionevolezza che l'interesse di particolare rango costituzionale, quale la protezione del patrimonio storico e artistico, abbia nella funzione di riesame una considerazione diversa da quella che gli è riservata nel relativo procedimento di primo grado».

In altre parole, la definizione di un procedimento di primo grado in cui gli interessi sensibili ricevono adeguata protezione – come per il caso di quello per il rilascio dell'attestato di libera circolazione – permette di ritenere conforme a Costituzione l'eventuale procedimento di secondo grado che, invece, segue regole diverse e, per come delineato dal legislatore, appresta una peculiare tutela alla stabilità del provvedimento. Più precisamente, il limite temporale per l'annullamento d'ufficio non comporta un ingiusto sacrificio per gli interessi primari, come prospettato dal Consiglio di Stato, ma risulta la «compiuta ed esplicita rappresentazione» della tutela apprestata al legittimo affidamento, principio di pari rango costituzionale, da intendersi sia nella prospettiva di «matrice individuale» del destinatario del provvedimento favorevole, sia in quella di «matrice collettiva» alla certezza e alla stabilità dei rapporti giuridici pubblici⁶⁰.

⁵⁹ Secondo il Giudice delle leggi «la denuncia del contrasto dell'art. 21-nonies, comma 1, della legge n. 241 del 1990 con tali obblighi internazionali è priva di qualsiasi illustrazione delle ragioni per le quali la normativa censurata integrerebbe una violazione del parametro costituzionale evocato. Dal che consegue, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'inammissibilità delle questioni (ex plurimis, sentenze n. 112 del 2024, n.198 e n. 108 del 2023)».

⁶⁰ Nell'immediatezza della legge Madia era stata ben compresa la coincidenza venutasi a creare tra interesse pubblico e tutela dell'affidamento. In tal senso si rimanda nuovamente ad A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 124/2015*, cit., 337 dove evidenzia che «dalla tutela della mera legalità, quale finalità perseguita con l'annullamento, si è passati alla cura dell'interesse pubblico, per giungere poi alla situazione attuale, in cui quest'ultimo e cioè l'interesse pubblico tende a coincidere con la stabilità delle situazioni favorevoli: la loro intangibilità diviene essa stessa strumento

Ancora, la Corte costituzionale ha messo in luce il rischio che con l'individuazione di un termine elastico per l'esercizio del potere di autoannullamento le pubbliche amministrazioni non siano incentivate a svolgere in modo completo e adeguato l'istruttoria dei procedimenti di primo grado, nella consapevolezza di avere comunque «una seconda chance di intervento»⁶¹. In questo modo il limite temporale di cui all'art. 21 nonies, comma 1, lungi dal porsi in violazione del principio di buon andamento, è da considerarsi una sua attuazione, rappresentando «uno strumento volto, sia pure indirettamente, ad accrescere l'efficienza dell'azione amministrativa».

4. *Brevi riflessioni conclusive*

La casistica giurisprudenziale richiamata nei precedenti paragrafi pone in risalto la difficoltà che comporta per la cura concreta dell'interesse pubblico l'individuazione di limiti, specialmente temporali, per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. L'autotutela, classica espressione dell'inesauribilità del potere, si trova oggi tanto imbrigliata nella sua nuova veste giuridica, da generare idiosincrasie negli operatori del diritto, che tentano forzature interpretative pur di allentarne le maglie. In questo modo ha assunto una natura sempre più simile all'annullamento contenzioso, volta più all'eliminazione di un vizio entro un determinato lasso temporale che alla disciplina di una situazione presente⁶².

In relazione all'autotutela doverosa, si è visto come la giurisprudenza più accorta stia cercando di limitare le applicazioni eccentriche rispetto al dato normativo, che risulta, nella sua interpretazione letterale, inequivocabile. In questo caso, infatti, l'intenzione del legislatore di garantire

per soddisfare l'interesse generale, oggi ritenuto prevalente, allo sviluppo economico; si potrebbe dire che la stabilità è strumentale rispetto all'interesse pubblico allo sviluppo economico. Stabilità e certezza delle situazioni giuridiche sono a loro volta interesse pubblico primario e prevalente e la conseguente intangibilità di queste ultime è bene da perseguire».

⁶¹ A sostegno di tale ragionamento viene citata proprio la circolare della Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio del 24 maggio 2024, n. 21, di cui si è detto al paragrafo precedente.

⁶² In questo senso si veda C. NAPOLITANO, *La revoca*, in questa *Rivista*, 3, 2021, 747-748.

una maggiore tutela all'affidamento del privato risulta tanto chiara da una piana lettura del testo della norma oltre che dall'esame delle relazioni di accompagnamento alle diverse modifiche nel tempo apportate che ogni tentativo di offrire una diversa chiave interpretativa non può dirsi ammissibile.

Di autotutela doverosa sembra oggi corretto parlare solo in merito a quelle ipotesi espressamente contemplate dal legislatore in deroga rispetto alle regole generali di cui all'art. 21 *nonies*, per cui la tutela di un determinato interesse pubblico è considerata prioritaria, in conformità con l'ormai risalente insegnamento della pronuncia Corte cost. n. 75/2000.

Esaminando l'autotutela doverosa emerge un quadro tanto confuso sia in dottrina che in giurisprudenza, che evitare radicalmente l'utilizzo di questa locuzione potrebbe risultare la soluzione più semplice per impedire il diffondersi di interpretazioni non conformi al dato normativo.

Certo è che il tentativo, ancora in atto, di forzare il dato legislativo ovvero di individuare ipotesi in deroga rispetto alla regola generale sembra la dimostrazione di una certa insofferenza dell'Amministrazione e dei Giudici verso l'allontanamento dell'annullamento d'ufficio dall'originaria teorica dell'inconsumabilità del potere. Si crede necessario tenere in considerazione la descritta tendenza, in quanto indicativa della percepita difficoltà, nel vigore dell'attuale disciplina, di veder assicurato il migliore perseguimento dell'interesse pubblico.

Passando al tema dell'applicazione dell'autoannullamento ai provvedimenti riguardanti interessi sensibili, invece, si ha l'impressione che il legislatore, preso dalla foga di riformare l'istituto, in ottica semplificatoria, abbia dimenticato di considerare l'incidenza delle modifiche apportate sulla cura degli interessi sensibili. In questo senso, come si è detto, è stato in qualche modo contraddetto lo spirito della legge sul procedimento, in cui per gli interessi sensibili sono individuate previsioni speciali, finalizzate a garantire una loro più attenta ponderazione.

Simile impostazione, come evidenziato da attenta dottrina⁶³, è illustrativa di un problema di fondo di tecnica legislativa, che è quello di ricorrere a norme di semplificazione generali, per cui solo in un secondo momento

⁶³ Cfr. M. MAZZAMUTO, *L'amministrazione senza provvedimento: la scia*, cit., 99-101. L'A. a p. 101, criticando l'irragionevolezza del legislatore, afferma che «sembra quasi che ogni tanto ci si convinca che gli interessi sensibili vadano presi in considerazione e si provveda a tale adempimento dove capita, da un fiore all'altro, e con elenchi disomogenei, purché si dia prova di averne tenuto conto».

ci si rende conto della necessità di apportare degli aggiustamenti, funzionali a tutelare interessi particolarmente rilevanti. L'eccesso di semplificazione, in altre parole, comporta l'impossibilità di gestire la complessità⁶⁴, poiché impone l'applicazione di regole inadatte alla realtà concreta, che è per sua natura complicata. Il caso dell'autoannullamento degli attestati di libera circolazione costituisce un chiaro esempio delle possibili derive degli approcci semplificatori.

La pronuncia Corte cost. 88/2025, di cui sono stati sopra riportati alcuni dei passaggi ritenuti fondamentali, si è visto, ha valorizzato gli sviluppi normativi dell'istituto dell'autotutela, in linea con l'evoluzione dei rapporti tra privato e pubblica Amministrazione, dichiarando la legittimità costituzionale dell'assetto oggi raggiunto, che vede l'automatica prevalenza attribuita all'affidamento del privato, allo scadere dei dodici mesi dall'adozione del provvedimento.

La Corte costituzionale ha acutamente esplicito come l'attuale configurazione normativa dell'annullamento d'ufficio abbia trasformato il tradizionale istituto del riesame, caratterizzato dall'obbligo dell'Amministrazione di perseguire costantemente l'interesse pubblico, in un potere "altro" rispetto a quello esercitato in primo grado.

Se è vero che l'art. 21 *nonies*, comma 1, della l. n. 241/1990, alla luce delle argomentazioni del Giudice delle leggi, non può dirsi in contrasto con la Carta fondamentale, tuttavia, nell'opinione di chi scrive, la sentenza non risolve le criticità fino a ora espresse in merito alla generale applicabilità del termine di dodici mesi per l'autoannullamento.

In casi di particolare complessità come quello dell'annullamento dell'attestato di libera circolazione al ricorrere di un *aliud pro alio*, che non dipenda da negligenza o mala fede di una delle parti, privare l'Amministrazione di ogni possibilità di rideterminarsi trascorso un anno dal rilascio del provvedimento di primo grado determina un nocumento per l'intera collettività, che non può trovare adeguata giustificazione nell'automatica prevalenza attribuita al legittimo affidamento⁶⁵.

In queste ipotesi, il ritorno al più elastico "termine ragionevole" avrebbe permesso di valorizzare la buona discrezionalità dell'Ammini-

⁶⁴ P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali paesaggistici e ambientali*, cit. 44-46.

⁶⁵ Sul diritto alla fruizione dei beni culturali si vedano, ad esempio, le riflessioni di R.C. PERIN, *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della nazione*, in *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*, a cura di F. ASTONE, Napoli, 2019, 15-28.

strazione⁶⁶, offrendo gli strumenti per affrontare la complessità, attraverso un'analisi e un bilanciamento caso per caso. Il legittimo affidamento – che, come ci ricorda la Corte costituzionale, è principio di rango costituzionale – non sarebbe stato sempre recessivo, ma posto attentamente a confronto con l'interesse alla tutela del patrimonio culturale.

In verità, la sentenza Corte cost. n. 88/2025, fornendo una chiara esplicazione di come il legislatore ha modificato nel tempo l'annullamento d'ufficio, riesce a dare illustrazione di quella diffidenza per l'attività discrezionale che ha ispirato i delineati mutamenti normativi, ma che oggi non rispecchia i progetti di riforma in atto della pubblica Amministrazione⁶⁷.

I descritti orientamenti giurisprudenziali e i sempre attuali tentativi di eludere lo scoglio temporale dei dodici mesi inducono a pensare che la sentenza costituzionale non sarà in grado di prevenire nuove “fughe in avanti” degli interpreti, alla ricerca di letture della normativa capaci di tutelare nel modo più efficace gli interessi sensibili⁶⁸.

Per questa ragione, un ripensamento generale dell'istituto in esame, riscoprendo nuovamente nell'autotutela un baluardo per l'effettiva cura dell'interesse pubblico, che non sia più solo coincidente con la stabilità delle situazioni favorevoli, appare ad oggi ancora preferibile oltre che conforme al ritrovato paradigma dell'Amministrazione di risultato⁶⁹.

⁶⁶ In questo senso F. CAMPOLO, *Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela. Dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 21 nonies, c. 1, l. 241/1990*, cit.

⁶⁷ Si veda, tra tutti, F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016.

⁶⁸ Si richiama nuovamente, a titolo esemplificativo, quell'orientamento giurisprudenziale che “aggira” l'applicazione del termine di dodici mesi per l'autoannullamento dell'attestato di libera circolazione, escludendo che possa rientrare nella categoria dei provvedimenti di “autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici”. Non sembra, inoltre, improbabile immaginare che p.a. e Giudice, alla luce della sentenza della Corte costituzionale, opteranno per un'interpretazione maggiormente elastica della nozione di “false rappresentazioni” di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, che, come ricordato nella stessa pronuncia Corte cost. n. 88/2025 dovrebbero essere accertate inequivocabilmente dall'amministrazione con i propri mezzi, sempre allo scopo di superare il rigido termine di dodici mesi.

⁶⁹ Cfr., *ex multis*, M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023 per cui «Il principio di risultato inscritto nel diritto positivo dell'ordinamento, ancorché (per adesso) di settore, è qualcosa di più e di diverso rispetto al passato e ad esperienze ermeneutiche che hanno avuto vita sino ad oggi. È la ripresa sancita, la volontà espressa di rendere l'Amministrazione utile, all'interesse pubblico quanto al cittadino, provvedendo a munire l'Ammini-

Una soluzione di compromesso potrebbe essere quella di introdurre disposizioni “derogatorie” *ad hoc*, sulla falsariga di quelle previsioni legislative di autotutela doverosa già presenti nel nostro ordinamento, riportando il termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio di quei provvedimenti riguardanti interessi sensibili, come l'attestato di libera circolazione.

La sentenza Corte cost. n. 88/2025 ha certamente il pregio di riportare nuova linfa al dibattito, mai sopito, sul tempo dell'annullamento d'ufficio, che si crede potrà stimolare la ricerca di soluzioni normative realmente in grado di curare al meglio sia gli interessi pubblici sia quelli privati.

strazione stessa e il potere giudiziario di un nuovo strumento di riferimento che possa costituire il baluardo per contrastare comportamenti approssimativi, inerti o del tutto contrari all'utilità di un'azione coerente rispetto alla volontà della legge e della regola del caso concreto».

Abstract

Il contributo analizza l'evoluzione dell'annullamento d'ufficio, soffermandosi sul ruolo della recente giurisprudenza nel definirne i confini. Un'attenzione particolare è rivolta all'elemento temporale, in relazione al quale si registrano spinte volte al superamento della sua configurazione perentoria, al fine di garantire la migliore cura dell'interesse pubblico.

The unbearable inflexibility of the 12-month time limit imposed by law
for self-protection annulment

The paper analyzes the evolution of annulment by public authorities, focusing on the role of recent case law in defining its discipline. Special attention is paid to the temporal element. Toward this there is a current practice aimed at overcoming its imperative configuration, in order to ensure the best care of the public interest.

Recensioni

Recensione del volume “Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni”, di Alessandra Pioggia, Bologna 2024

di Anna Simonati

1. Il volume di Alessandra Pioggia prende le mosse richiamando il senso diffuso di profonda insoddisfazione, che porta alle continue riforme di vari settori della pubblica amministrazione. In particolare, si lamenta spesso un eccesso di burocrazia, da cui deriva la richiesta insistente di semplificazione. La soluzione sembra essere riposta nella riduzione dello spazio occupato dalla p.a.

Sottolinea tuttavia correttamente l'A. che questo atteggiamento sorge dalla concezione dell'amministrazione essenzialmente come antagonista dei diritti dei singoli (o del loro pieno soddisfacimento). Il ruolo delle autorità pubbliche dovrebbe essere invece di garanzia, *in primis* nell'ottica dell'attuazione dei valori costituzionali. Per questo, da tempo la dottrina argomenta l'esistenza di un diritto individuale, non privo di fondamento anche al supremo livello normativo, alla buona amministrazione. Così facendo, però, non si tiene conto dei rischi di omologazione che stanno a monte, nel momento in cui si tratteggia la fisionomia dell'amministrazione “ideale”, calibrandola sulle esigenze e sui bisogni dell'amministrato “medio”.

Questa premessa, del tutto condivisibile, dà il via a un flusso di considerazioni che, analizzando l'evoluzione del pensiero femminista (nel secondo capitolo), ne valutano criticamente (nei capitoli terzo, quarto e quinto) le conseguenze sulla percezione di concetti strettamente connessi agli obiettivi di buona amministrazione, quali quelli di giustizia ed uguaglianza. L'A., applicando questa linea interpretativa, nei tre capitoli conclusivi rivede poi il ruolo costituzionale dell'amministrazione, alla luce dell'etica della cura come parte integrante del metodo e delle finalità dell'intervento pubblico. Emerge una ricostruzione lucida ed esaustiva, che tocca sia i profili organizzativi, sia gli aspetti connessi all'ottimale gestione delle risorse e all'instaurazione – o all'approfondimento – di un proficuo rapporto di collaborazione e reciproca fiducia con la collettività di riferimento.

Il *fil rouge* che guida l'analisi è di per sé profondamente evocativo e consente di effettuare alcune osservazioni sul ruolo del diritto (in particolare, del diritto pubblico) nella gestione dei fenomeni e dei rapporti umani.

In primo luogo, come è ampiamente noto, la questione della vincolatività delle regole giuridiche da sempre si deve confrontare con le insidie connesse alla fallacia naturalistica. Il volume di Alessandra Pioggia ha un importante merito: quello di mettere l'interprete inequivocabilmente di fronte al dilemma della normalità. Se, da un lato, i legislatori e i *policy maker* non possono esimersi dalla considerazione innanzi tutto dell'"ordinario", al contempo devono saper arginare la valenza paradigmatica della normalità al campo descrittivo dei fenomeni che le è proprio, evitando di assegnarle indebite potenzialità di natura precettiva. In altri termini – come è ben evidenziato nel volume – è concettualmente scorretto e controproducente (poiché di per sé viziato da innegabili *bias*) assumere come parametro di riferimento, per calibrare lo svolgimento dell'attività amministrativa, un *target* di destinatari presuntivamente "normali". Ma c'è di più. È l'idea stessa dell'esistenza di un "amministrato medio", adottata come criterio valutativo monolitico di efficienza dell'operato delle istituzioni, a risultare viziata alla radice. L'accoglimento di tale stereotipo, in realtà, non solo erroneamente impedisce di fatto ai legislatori di tenere conto delle variabili situazionali; per l'eccessiva rigidità che lo contraddistingue, esso neppure consente alle singole autorità di tenere conto della diversità fra le condizioni individuali nel momento applicativo della cura degli interessi.

In secondo luogo, è degna di nota l'opinione espressa dall'A., per cui la gestione errata dell'anelito all'efficienza produce in concreto risultati nefasti. Innanzi tutto, infatti, come è incontrovertibile alla luce degli sviluppi recenti, tale atteggiamento sta alla base della reiterazione di riforme dei compiti dell'amministrazione essenzialmente "per sottrazione". Inoltre, emerge fortemente l'incertezza sulle modalità della corretta misurazione dell'efficienza stessa dell'azione amministrativa. Si pone quindi il problema della gestione degli indicatori – elementi necessariamente quantitativi, che il legislatore tenta di identificare in base a criteri di ragionevolezza – dai quali si dovrebbero desumere risultati di ordine qualitativo. Così, l'efficienza amministrativa si verifica (e si misura) tenendo conto, per esempio, della durata media dei procedimenti [...] la cui celerità (oggi assurda a vera e propria priorità) spesso comporta il sacrificio della completezza dell'i-

struttoria procedimentale, che dovrebbe fungere da sede privilegiata della ponderazione degli interessi, alla luce delle specificità delle singole fattispecie. Alessandra Pioggia giustamente avverte che questo approccio è assai rischioso, perché introduce logiche squisitamente o prevalentemente aziendalistiche, in cui l'obiettivo è pienamente raggiunto con la mera adesione alla regola vigente, senza guardare al risultato concreto dell'azione in prospettiva più latamente valoriale, nonostante ciò sia (quanto meno, indirettamente) imposto dai principi di rango costituzionale.

Come emerge nel volume a più riprese, per superare questa *impasse*, è necessario rivitalizzare, accanto e oltre alla legalità delle norme puntuali (formalmente soddisfatta con l'assenza di comportamenti *contra legem*) la legalità dei principi. Fra questi, pare di poter dire, acquisisce primario rilievo quello di sostenibilità nella sua triplice accezione (sostenibilità ambientale, economica e sociale), declinato soprattutto nella dimensione sociale, che è quella maggiormente coinvolta in vista della realizzazione dei valori di equità e giustizia. Questa impostazione avrebbe il merito di rendere applicativo e concreto un concetto su cui Alessandra Pioggia opportunamente insiste molto, cioè quello di uguaglianza come condizione che non soffoca le peculiarità individuali.

Sono centrali, allora, non solo il rapporto fra uguaglianza formale e sostanziale, ma anche il rapporto fra l'art. 3 Cost. e il precedente art. 2, incentrato (nella parte meno studiata della sua formulazione) sulla solidarietà fra le persone. Questi precetti diventano cruciali per costituire un solido fondamento normativo a condotte della p.a. non specificamente disciplinate nelle fonti primarie e secondarie, che, muovendosi pur sempre nell'alveo della legalità, realizzano buone prassi sensibili alle esigenze concrete delle persone, soprattutto se in condizione di vulnerabilità. Naturalmente, questa dimensione deve necessariamente intrecciarsi con quella del principio di competenza, ma spesso le regole attributive del potere sono "a maglie larghe" e consentono ai singoli soggetti pubblici – anche in assenza di modifiche del quadro legislativo – di utilizzare la propria discrezionalità per organizzare al meglio il loro operato e i loro rapporti con gli amministratori: in questo spazio, la sensibilità per la "funzione di cura" potrebbe concretamente fare la differenza.

Pertanto, dalla lettura del volume sorge un legittimo e fondato interrogativo. Precisamente, ci si può domandare se il combinato disposto degli art. 2 e 3 Cost. possa rappresentare un'autonoma fonte normativa,

in grado di incidere autonomamente sulle competenze amministrative. In altri termini, è lecito chiedersi se l'intreccio fra i principi di parità di trattamento e di solidarietà – posti congiuntamente alla base della logica della cura quale funzione amministrativa, insieme ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità dell'agire pubblico – sia suscettibile non solo di attribuire alla p.a. compiti in parte nuovi, ma anche (e soprattutto) di indirizzare in modo in parte innovativo le modalità di espressione del potere, in particolare promuovendo la cooperazione fra livelli istituzionali e con la cittadinanza.

Al di là di queste considerazioni di ampia portata, la lettura del libro di Alessandra Pioggia suscita anche altre riflessioni, su molteplici fronti.

2. Un messaggio ricorrente in tutto lo studio riguarda l'importanza della diversità fra le persone, di cui un'amministrazione efficiente dedita all'attività di cura dovrebbe tenere adeguatamente conto.

Ora, del valore della diversità sembra essere blandamente consapevole il legislatore costituzionale, allorché disciplina la distribuzione dei compiti amministrativi fra i livelli istituzionali richiamando, fra gli altri, proprio il parametro della differenziazione. Invece, della fisiologica diversità tra gli esseri umani, destinatari dell'azione della p.a., non si tiene espressamente conto in relazione ai parametri di efficienza amministrativa.

È indiscutibile, in realtà, che tale sensibilità sia indirettamente riconducibile alla disposizione dell'art. 3 Cost., già nel suo primo comma. L'accezione formale del principio di uguaglianza, infatti, non solo vieta indebite discriminazioni fra situazioni analoghe, ma impone altresì di trattare in modo diverso fattispecie sostanzialmente difformi. Peraltro, anche altri principi costituzionali, per quanto indirettamente, potrebbero risultare operativamente utili nel tentativo di assegnare alle differenze (fra le persone, fra le situazioni, fra le esigenze a cui l'amministrazione deve tentare di fare fronte) la rilevanza che meritano. Non a caso, spesso nel volume si coglie l'importanza della sussidiarietà verticale e della leale collaborazione fra livelli istituzionali.

Il ruolo dei Comuni e degli enti locali in genere, precisamente, è fondamentale in vista dell'ottimale gestione di competenze amministrative multilivello. In quanto istituzioni prossime ai destinatari del potere, infatti, i Comuni sono più agevolmente in grado di cogliere le specificità dei

singoli casi e dunque sono i soggetti pubblici forse più attrezzati, anche mediante lo strumento agile delle *best practices*, a fronteggiare i rischi di discriminazioni multiple con un approccio operativo orientato all'intersezionalità.

Su questo fronte, non mancano nel recente passato interessanti sperimentazioni, sfociate nell'emanazione di norme sovranazionali di *soft law*. Il riferimento va, per esempio, alla Carta europea per l'uguaglianza e le parità delle donne e degli uomini nella vita locale, redatta tra il 2005 e il 2006 dal Consiglio dei Comuni e delle Regioni d'Europa in collaborazione con numerosi *partners*, con il sostegno della Commissione europea nell'ambito del quinto Programma d'azione per la parità di genere. Si tratta di un atto ricco di sollecitazioni significative proprio nella prospettiva dell'amministrazione della cura, perché invita le autorità a valorizzare le differenze fra le persone, cercando di predisporre strumenti e circuiti applicativi idonei a consentire a tutti e tutte di partecipare alla vita sociale e collettiva.

La rilevanza dell'attivazione di buone prassi è indiscutibile, anche perché, come è frequentemente avvenuto in vari settori (soprattutto pionieristici) del diritto, può rappresentare una virtuosa fonte di ispirazione per i legislatori e i *policy maker*. A ben vedere, tuttavia, questo strumento potrebbe anche rivelarsi un'arma a doppio taglio, come mi sembra emerga a più riprese fra le righe del volume di Alessandra Pioggia. L'A., infatti, saggiamente segnala che per essere davvero rivoluzionaria, la prospettiva della cura come criterio operativo per l'efficienza amministrativa deve riguardare non solo e non tanto la condotta dei singoli funzionari, quanto piuttosto la declinazione dei doveri dell'amministrazione come struttura.

Diventa importante, dunque, non lasciare l'applicazione dei parametri di efficienza amministrativa, fondati tra l'altro sul dovere di cura, alla mera buona volontà individuale. Se l'introduzione di riforme normative epocali appare al momento assai improbabile, un compromesso abbastanza soddisfacente potrebbe poggiare sull'aggiornamento e il rafforzamento del ruolo dei codici etici, quali sede di codificazione giuridica dei doveri di matrice deontologica, che potrebbe rinvigorirne il legame con il principio di legalità. Inoltre, diventa cruciale il profilo della flessibilità nell'organizzazione amministrativa, da cui deve trasparire la sensibilità per la funzione di cura come una responsabilità radicata in capo all'ente pubblico in quanto tale, che deve impegnarsi per realizzare al meglio i compiti che gli sono assegnati dalle norme.

In ottica strettamente amministrativistica, mi pare possa registrarsi su questo fronte un fenomeno (che nel volume è segnalato in occasione dell'esame di alcuni esempi concreti) di portata potenzialmente sistematica. Precisamente, il riferimento è all'osmosi funzionale fra atti che potremmo definire di "*adjudication*" e atti di "*rulemaking*". In altri termini, l'onere motivazionale che incombe sulla p.a. si sta progressivamente estendendo (sostanzialmente, in via di fatto) agli atti privi di natura provvedimentale e dotati, invece, di contenuto generale ovvero di natura programmatica o pianificatoria. Sempre più spesso, infatti, si sottolinea l'esigenza – connessa alla trasparenza ampiamente intesa dell'azione pubblica – che anche queste tipologie di atti rechino, se non una motivazione puntuale in senso classico, l'indicazione del fondamento eziologico e teleologico della decisione -Pur "a bocce normative ferme", pertanto, mi pare che l'approccio responsabilizzante, connesso con l'assunzione della prospettiva del dovere di cura della p.a., stia determinando l'intensificazione del principio di *accountability*. Non va sottaciuto, per completezza, che in tale prospettiva resta inevitabilmente aperto il fronte della giustiziabilità, per definizione ardua nel caso degli atti a contenuto generale. Si potrebbe praticare, però, la via della qualificazione in termini di atti di alta amministrazione, quanto meno per scongiurare l'immunità potenzialmente derivante dalla configurazione alternativa degli atti in questione come espressione di (insindacabile) indirizzo politico in senso stretto.

3. Un altro profilo assai interessante del lavoro di Alessandra Pioggia concerne il suo rapporto con i *gender studies*. È inevitabile, infatti, che chi legge si chieda immediatamente se si tratti di un contributo riconducibile direttamente al filone, attualmente piuttosto fecondo, degli studi giuridici in prospettiva di genere. La risposta a questo quesito è necessariamente ambivalente.

Per condurre la sua analisi, l'A. si rivolge esplicitamente agli studi femministi, che dimostra di conoscere profondamente. Sembra corretto ritenere, però, che il rapporto con il diritto di genere in senso tecnico non sia contenutistico (se non per il fatto che molte persone vulnerabili – che dunque richiedono l'attivazione di meccanismi incentrati sulla cura da parte della p.a. – sono donne), bensì metodologico. Precisamente, del femminismo giuridico si adotta l'approccio pragmatico, fondato su una

forte opposizione alle derive neoliberiste di impianto palesemente paternalistico e androcentrico.

La questione del rapporto fra le riflessioni svolte da Alessandra Pioggia e il “diritto di genere” è peraltro cruciale e richiede, a mio parere, un chiarimento.

A mio giudizio, non sarebbe corretto interpretare l’operazione intellettuale svolta nel volume come adozione del punto di vista femminile per ripensare le strategie di efficientamento dell’amministrazione. Questa chiave di lettura sarebbe riduttiva e, credo, fuorviante.

Il vero nodo sta nell’ipostazione che le studiose femministe hanno assunto, ovvero nel tipo di sensibilità – innovativa rispetto alla tradizione – che hanno introdotto nel sistema. L’elemento fondamentale non sta né nel fatto che queste autrici siano donne, né nel fatto che spesso si siano occupate di questioni connesse al genere e al sesso delle persone. Il vero centro nevralgico sta nell’instaurazione da parte loro di un nuovo paradigma valoriale, fondato non su parametri squisitamente economicistici, ma su principi e concetti che pongono al centro dell’attenzione l’individuo con le sue necessità e le sue peculiarità esistenziali, che lo rendono unico. Le differenze, dunque, non sono (più) viste (esclusivamente) come un (possibile) ostacolo a una buona amministrazione fondata su criteri univoci, omologati e omologanti. Al contrario, le differenze affiorano come elemento di ricchezza dell’agire umano, che spetta alla p.a. valutare ma anche, ove possibile, valorizzare, per aggiungere flessibilità ed empatia al proprio intervento istituzionale. Dunque, in questa prospettiva la dicotomia “uomo/donna” resta marginale e il pensiero femminista viene utilizzato come spunto per assumere un’ottica peculiare e originale.

Mi pare che, in qualche misura, la stessa A. ce lo dica, allorché accenna alle insidie connesse all’adozione quasi automatica, nella ricerca giuridica come nella vita, di stereotipi sedimentati. In proposito, si mette in chiaro senza ambiguità che la propensione alla cura e all’accudimento dell’altro non è una qualità eminentemente femminile, ma corrisponde a un carattere universale della natura umana.

Tale semplice ma acuta considerazione trova conferma in un esempio richiamato nel volume, che è quello dell’attività di cura dei beni comuni, posti idealmente in connessione con l’attività di riproduzione sociale. Quest’ultima indubbiamente è storicamente stata svolta quasi esclusivamente dalle donne e – credo, giustamente – Alessandra Pioggia sugge-

risce che probabilmente proprio perciò il diritto (e non solo: anche altre scienze sociali, come – quanto meno – quelle di matrice economica) l'ha palesemente sottovalutata e svalutata. Attualmente, però, le teorie (anche giuridiche) sui beni comuni valorizzano proprio il desiderio di impegno in prima persona, essenzialmente gratuito e servente al benessere dell'intera collettività, delle cittadine e dei cittadini attivi, che si riappropriano degli spazi e del patrimonio condiviso prendendosene cura.

Ne deriva una constatazione anch'essa, certamente, semplice, ma sicuramente non banale. Il diritto amministrativo della contemporaneità, mettendo a disposizione del lavoro di cura un arsenale (relativamente nuovo o, comunque, parzialmente innovativo) di strumenti tecnici di disciplina e intervento, in qualche misura lo sta "desessualizzando". In altri termini, nel settore del diritto amministrativo, la propensione alla cura si sta gradualmente ma progressivamente emancipando dalla connotazione "femminilizzante" a cui tradizionalmente era pressoché indissolubilmente correlata; oggi, invece, la cura inizia ad essere giustamente percepita come modalità di condotta potenzialmente universale.

Mi pare si possa ritenere, dunque, che l'affermazione per cui fino ad ora l'amministrazione è stata gestita in base a «un modello "mascolino" di concepire il funzionamento delle istituzioni» (v. pag. 48) vada intesa in prospettiva "filologico-storiografica" (mi sentirei di aggiungere, forse non senza un certo grado di salutare ironia). Infatti, non deve esservi spazio – nel campo del diritto, ma anche nell'immaginario collettivo – per concezioni "maschili" o "femminili" dell'attività amministrativa. È invece necessario prendere atto dell'esistenza di stereotipi profondamente radicati nel passato (purtroppo, non solo in quello remoto, ma anche in quello recente), che riconducono alcuni comportamenti, improntati a un'impostazione autoritativa spiccatamente rigida e formalistica dell'azione amministrativa ad un paradigma culturale patriarcale, androcentrico e maschilista. Ad esso si contrappone l'impostazione più innovativa, che guarda al presente e al futuro e si propone di dare spazio a esigenze precedentemente soffocate o addirittura represse, in base a una sensibilità in parte inedita, fondata sull'Umanesimo del nuovo millennio e sull'auspicio di un suo impatto fruttuoso sui rapporti fra amministrazione e amministratori.

4. Dall'approccio metodologico assunto da Alessandra Pioggia nel suo lavoro, profondamente radicato (come esplicitato già nel titolo) nell'analisi del pensiero femminista, può trarsi anche un altro messaggio non scontato. Mi pare, infatti, che la ricerca svolta nel volume e quella che si sta svolgendo in questi decenni nel settore del diritto di genere abbiano un importante fattore in comune, vale a dire il superamento delle barriere disciplinari, intese come rigide (e tendenzialmente insuperabili) delimitazioni nei rapporti fra branche culturali.

Anche in questo caso, peraltro, è opportuna una precisazione. Non è certo mia intenzione ricondurre la ricerca svolta dall'A. a una dimensione onnivora e banalizzante del sapere. Al contrario, l'assunzione della prospettiva di genere negli studi giuridici si connota per una sua specificità: precisamente, senza rinunciare al rigore tecnico-scientifico, si assumono come punto di partenza per ragionamenti originali i risultati a cui si è pervenuti nel recente passato in ambiti non giuridici.

Non è quindi un caso che Alessandra Pioggia utilizzi nel suo lavoro molti degli spunti provenienti dalla letteratura femminista non giuridica, convertendone la portata in termini amministrativistici. Un esempio particolarmente importante – e interessante anche sul piano applicativo – dello sforzo in tal senso profuso dall'A. ha a che fare con la sintetica trattazione del ruolo dei meccanismi partecipativi. Essi giustamente sono richiamati come strumenti per il coinvolgimento sia dei *caregiver* sia di chi riceve la cura, ma anche potenzialmente dell'intera collettività, nelle scelte pubbliche sull'individuazione degli interessi più rilevanti (meritevoli, dunque, in via primaria di tutela). La partecipazione degli *stakeholders* in senso ampio può essere preziosa per l'acquisizione da parte della p.a. di un bagaglio esauriente di elementi istruttori, tale da consentirle di selezionare con piena cognizione di causa la soluzione più adatta nelle singole fattispecie. La relazione di cura, pertanto, sempre meno risulta rigidamente bilaterale: nell'ambito sia dell'attività di *adjudication* (tradizionalmente incentrata sul dialogo – e spesso sulla contrapposizione – fra amministrazione e amministrato), sia dell'emanazione di atti di *rulemaking* (ove il rapporto normalmente si instaura fra l'amministrazione e una collettività di riferimento), l'interazione soggettiva sempre più frequentemente è multipolare e reticolare. Di conseguenza, essendo necessaria la comprensione fra le parti, assume crescente importanza il principio di trasparenza.

Nell'ambito del rapporto di cura, però, pare di poter dire che il circu-

ito della responsabilizzazione opera all'insegna della reciprocità. Affinché l'autorità competente possa realmente prendersi cura in modo adeguato degli interessi dei singoli, costoro devono fornirle informazioni complete e corrette. Ciò vale – sembra di poter dire – non solo per il soggetto direttamente destinatario della prestazione pubblica, ma anche (ove presente) per il potenziale *caregiver* privato. Nella cooperazione comunicativa che si viene a instaurare, dunque, nessuno ha una posizione meramente passiva. Tutti sono di fatto chiamati a contribuire per il perseguimento di un obiettivo comune, che consiste nella realizzazione della finalità profonda dell'azione istituzionale (il soddisfacimento dei principi di cura dei diritti individuali), anche al di là della mera adesione formale al dato normativo. In tal modo, è forse possibile attivare, persino nelle persone più vulnerabili e meno “attrezzate”, comportamenti di auto-responsabilizzazione, che coinvolgono ciascuno secondo le sue potenzialità, ivi talora compresi gli enti del terzo settore, titolari di compiti ausiliari nella soluzione dei problemi connessi alle fattispecie più difficilmente gestibili. Così la relazione di cura può svolgersi in modo da assegnare a tutte le sue componenti soggettive la dignità che spetta loro, allargando l'angolo visuale a una concezione dell'amministrazione in senso funzionale e oggettivo.

5. La giuridicizzazione della prospettiva della cura come cifra caratterizzante l'attività amministrativa può essere particolarmente utile anche da un altro punto di vista, dotato di valenza tanto simbolica quanto applicativa. Precisamente, può contribuire alla formazione di un lessico giuridico (o meglio, giuspubblicistico) della funzione di cura, che sia in grado di portarla al di fuori dalla logica ristretta dei rapporti domestici e della segregazione (anche e soprattutto di genere) delle relative mansioni.

Pertanto, è necessario attivare circuiti sinergici, non solo “in verticale” (cioè fra distinti livelli “gerarchici” o territoriali, nel contesto della medesima “filiera funzionale”), ma anche “in orizzontale” (cioè fra autorità con diverse competenze). Tale iniziativa appare quanto mai indispensabile per consentire a tutti i soggetti istituzionali di maturare la capacità di riconoscere i bisogni, gerarchizzarli (in modo da ottimizzare l'utilizzo delle risorse in base a parametri di efficienza innovativi, attenti alle differenze e alle esigenze dei singoli) e predisporre gli strumenti di intervento più efficaci.

Peraltro, se è vero – come si è sottolineato accennando alla rilevanza

dell'utilizzo di strumenti partecipativi nel campo dell'attività amministrativa di cura – che la relazione intersoggettiva che si instaura è necessariamente reticolare, è doveroso evidenziare un altro elemento di matrice, per così dire, “epistemologica”, che mi pare emerga dalle riflessioni di Alessandra Pioggia. Mi riferisco all'esigenza di alfabetizzazione delle persone (specialmente di quelle più vulnerabili) nel senso della capacità di riconoscere i propri diritti di ricevere dalla p.a. prestazioni (efficienti, in base a nuovi parametri qualitativi inclusivi), il cui presupposto è costituito dalla capacità di rivendicare i propri bisogni. A tal fine, è indispensabile a mio giudizio l'approfondimento della consapevolezza (invero, relativamente recente) circa la rilevanza essenziale della funzione di comunicazione pubblica, che richiede di predisporre efficaci meccanismi di condivisione del sapere, quale preludio all'esercizio efficiente del potere.

Alla luce delle molteplici e variegate suggestioni suscitate, può ritenersi che il volume di Alessandra Pioggia sia un lavoro estremamente interessante e intellettualmente stimolante, che ci guida in un percorso di rivisitazione delle categorie giuspubblicistiche sedimentate e ci induce a esplorare itinerari in parte inediti per lo svolgimento delle funzioni amministrativistiche in ottica costituzionalmente orientata.

Sembra di poter ritenere, in proposito, che la sollecitazione sistematica di cui l'A. si fa portavoce vada in direzione diametralmente antagonista alla prassi, attualmente dirompente, della (presunta) semplificazione mediante contrazione della presenza del pubblico in tutti i settori della vita sociale. Al contrario, la logica della cura nel segno della solidarietà fra gli esseri umani richiede una maggiore presenza dell'amministrazione, in particolare con compiti di garanzia e supervisione dell'attività concretamente svolta (anche) da altri soggetti. La sfida della modernità, dunque, consiste essenzialmente nell'aggiornamento e nella rivitalizzazione di quel diritto “mite” di cui parlava profeticamente Gustavo Zagrebelsky più di trent'anni fa. La realizzazione di questa missione rappresenta uno dei traguardi culturali più ambiziosi con cui deve confrontarsi l'amministrazione contemporanea.

Gli Autori e le Autrici:

Federica Campolo

Professoressa associata di diritto amministrativo e pubblico nell'Università degli studi di Uni-Camillus – Saint Camillus International University

Fortunato Gambardella

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Carmencita Guacci

Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Salerno

Giovanni Guzzardo

Professore associato di diritto amministrativo, Politecnico di Bari

Margherita Interlandi

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo e pubblico nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Laura Lamberti

Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Sebastiano Licciardello

Professore ordinario di diritto amministrativo e pubblico nell'Università degli studi di Catania

Armando Lorusso

Assegnista di ricerca in diritto amministrativo nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Micaela Lottini

Professoressa associata di diritto amministrativo e pubblico nell'Università degli studi di RomaTre

Maria Eugenia Páez

Profesora de derecho administrativo, Universidad de Buenos Aires

Giovanna Santagati

Dottoranda di ricerca in Diritti umani nell'Università degli studi di Palermo

Anna Simonati

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo e pubblico nell'Università degli studi di Trento

Mario R. Spasiano

Professore ordinario di diritto amministrativo e pubblico nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Lorenza Tomassi

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale