

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXIII – Nuova serie
N.2-3/2025 (maggio-dicembre)

INDICE

SAGGI

GIUSEPPE TROPEA

Il metodo nel diritto pubblico e la scomparsa di Majorana 367

PAOLO DURET

La valorizzazione delle comunità nei processi di rigenerazione: suggestioni straniere ed esperienze italiane 387

COSIMO PIETRO GUARINI

Brevi note su transizioni istituzionali e sostenibilità costituzionale, con uno sguardo al processo di attuazione dell'art. 116, co. 3, della Costituzione 423

ANTONINO LONGO

Riflessioni sui profili teorici fra s.c.i.a. e tutela del terzo nella dimensione procedimentale e processuale 443

JACOPO VAVALLI

Il silenzio assenso della p.a. e il problema della tutela dell'affidamento del privato 471

GIOVANNI BOTTO	<i>Cybersicurezza nazionale e disciplina dei contratti pubblici: l'attuale "stratificazione" normativa e il rapporto con il principio di trasparenza</i>	505
CARLA MARIA SARACINO	<i>Assistenza domiciliare integrata e innovazione tecnologica: un connubio virtuoso</i>	543
EMANUELE COCCHIARA	<i>Regionalismo in (perenne) transizione: verso una specialità diffusa?</i>	567
RAFFAELE CAROCCIA	<i>La tutela dei beni culturali alla prova della tempestività dell'azione amministrativa: un annullamento d'ufficio speciale al di là del muro del tempo?</i>	591
SALVATORE ESPOSITO	<i>Amministrazione e rischio: dall'esperienza dell'anticorruzione all'antiriciclaggio</i>	633
MARCO RHAO	<i>La riserva di scienza nel governo delle transizioni</i>	695
LORENZO DIOTALLEVI	<i>Il paradosso degli strumenti di semplificazione amministrativa tra "legalità" ed "efficacia" dell'attività della pubblica amministrazione (a proposito di s.c.i.a., c.i.l.a. e p.a.s.)</i>	741
SARA SERGIO	<i>Le città metropolitane fra previsioni normative e prospettive di riforme</i>	771
LUCA SALVATORE CELLURA	<i>I diritti di informazione e partecipazione disegnati dalla Convenzione di Aarhus nel campo dell'energia: strumenti di attuazione per un nuovo paradigma di "democrazia energetica"</i>	807
L'ANGOLO DELLE LIBERTÀ		
LAURA LORELLO	<i>La sostenibilità democratico-costituzionale delle transizioni</i>	859

Saggi

Il metodo nel diritto pubblico e la scomparsa di Majorana

di Giuseppe Tropea

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Meccanica classica e sguardo del giudice. – 3. Il passaggio alla fisica quantistica. – 4. La prospettiva critica. – 5. Una recente polemica processuale. – 6. Meccanica quantistica e sguardo del giudice. – 7. Interludio: due tesi su una scomparsa. – 8. Fisica quantistica e lettura biopolitica. – 9. Conclusione aperta: sul carattere relazionale e probabilistico della scienza.

1. Premessa

Si è di recente osservato che «nella tradizione giuridica continentale, la questione metodologica ha [...] periodicamente assicurato alla comunità scientifica la possibilità di assumere un punto di vista esterno, e quindi riflessivo e ordinante, rispetto alla pratica del diritto»¹. La discussione sul metodo non ha però avuto nel corso del tempo un andamento lineare.

In passato il dibattito si svolgeva su questioni capitali, come l'affrancamento del diritto dallo statuto di scienza pratica² per attingere l'aura di scienza teoretica, la distinzione tra scienza e tecnica, il tentativo di definire la funzione del giurista nello spazio pubblico. Oggi si dibatte più di scuole che di metodi, anche se c'è un certo risveglio sul tema, come attestano nel diritto amministrativo gli incontri organizzati da Enrico Follieri e Michele Trimarchi³, oltre alle interviste raccolte da Antonio Cassatella⁴, e nel diritto costituzionale recenti studi come quello di Laura Buffoni⁵. Segnalerei anche il compendio di un percorso ventennale di Luigi Garofalo, emblematicamente intitolato *Il diritto oltre i giuristi*⁶, che in

¹ A. MOLITERNI, *Il problema del metodo e il diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 471.

² S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, 57 ss. Più di recente v. A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli «altri saperi»*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 865.

³ Incontri che hanno sinora prodotto il numero 1/2025 e il numero 2/2025 della Rivista *Diritto e processo amministrativo*, rispettivamente su “*La ricerca dei principi del procedimento e del processo nel diritto vivente, fra dottrina e giurisprudenza*” e “*Sul metodo nel diritto amministrativo*”.

⁴ A. CASSATELLA (a cura di), *Il diritto amministrativo come esperienza*, Napoli, 2025, anch'esso peraltro contenente molte informazioni sulle scuole giuridiche.

⁵ L. BUFFONI, *Il metodo nel diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, Napoli, 2024.

⁶ L. GAROFALO, *Il diritto oltre i giuristi*, Venezia, 2025.

sé contiene una implicita ma forte presa di posizione metodologica, *oltre* il positivismo giuridico, che sta tutta nel trattare finemente le frequenti incursioni giuridiche di non giuristi come Agamben, sul quale si tornerà in questa sede.

Invero, il terreno sul quale oggi maggiormente si finisce per dibattere di metodo è senz'altro quello dei rapporti tra legge, diritto e giudice⁷, che ha un evidente riflesso sul piano della costruzione del sistema giuridico, e non è un caso che un libro di un decennio fa abbia congiunto l'esigenza di chiarimento metodologico nei rapporti fra diritto e scienza con un'indagine di teoria dell'interpretazione⁸. Allo stesso modo, è proprio nell'alveo di questo dibattito che una autorevole dottrina processualista ha pensato di dover richiamare gli studi di Heisenberg per delineare criticamente gli indistinti lidi del c.d. giudizio amministrativo *sul rapporto*⁹.

Prima di questa *reimassance*, un'ultima avvisaglia di un dibattito sul metodo risale almeno a venti anni fa, con la nota polemica fra Cassese e Orsi Battaglini intorno alla portata del principio di legalità¹⁰, o il confronto tra Luigi Benvenuti e Antonio Romano Tassone sul metodo tra *problema* e *sistema* e sul rapporto tra pluralismo e monismo metodologico¹¹.

Peraltro, proprio nel contesto di quel trascorso dibattito sul metodo nel diritto pubblico si è più volte affrontato il tema della relazione tra scienza e realtà.

Per quali ragioni tale soglia sia stata varcata, e con quale costruito, è ciò che viene vagliato nel presente scritto, che inizierà riportando i termini essenziali del dibattito, proseguirà illustrandone secche e aporie, terminerà con una vicenda misteriosa e con un tentativo di ricomponimento.

⁷ F. SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023; P.G. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

⁸ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013.

⁹ R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 369 ss.

¹⁰ S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal (A proposito della Rivista diritto pubblico)*, in *Rin. trim. dir. pubbl.*, 1995, 789 e ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 3, p. 629 e ss.

¹¹ A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodi e unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, 651 e ss.; L. BENVENUTI, *Metodo giuridico – Autorità e Consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, 661 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 11 ss.

Non si tratta, dunque, di un vero e proprio studio sul metodo, ma piuttosto di un breve apologo sui rapporti fra fisica quantistica novecentesca e diritto.

Non propriamente una novità nel panorama scientifico, ma un breve racconto che prova a indicare un nuovo percorso. La suggestione ne è la cifra, soprattutto finale, quando il mistero della scomparsa del fisico catanese indicato nel titolo si intreccerà alla proposta di una nuova chiave di lettura sistematica.

2. *Meccanica classica e sguardo del giudice*

Il Novecento del diritto pubblico italiano si apre con Orlando e gli orlandiani: in un orizzonte politico-istituzionale molto lontano da quello attuale, già quella scuola si rivelò vincente anche nel cogliere la profonda commistione fra nuovi saperi tecnici e società¹². Qui si ha un primo avvicinamento tra diritto e idee nuove e “progressive”, anche nelle scienze naturali, che poi attecchirà definitivamente con le trasformazioni post-costituzionali e il contributo di autori come Giannini, Benvenuti, Nigro.

Ancora siamo però in un contesto in cui predomina in fisica il determinismo della meccanica classica, che ha come contraltare nel diritto la prevalenza dell'orientamento positivisticò.

In tale assetto si ha uno iato tra la logica aletica della scienza e quella deontica del diritto. Il metodo, poi, si differenzia nel senso che nel metodo scientifico l'individuazione dei dati rilevanti è notevolmente selettiva e arbitraria, a differenza del metodo giuridico in cui è necessario esaminare quanto più possibile dato normativo e *fatto* per effettuare congetture e ricerche attendibili¹³.

Sembra, quindi, che i rapporti fra fisica classica newtoniana e diritto abbiano evidenziato per un lungo periodo più differenze che somiglianze. Forse anche per questo il metodo orlandiano, pur nelle aperture allo sviluppo tecnico-scientifico del tempo, ha potuto permettersi la massima a-valutatività.

Se guardiamo al giudice amministrativo, osservatore privilegiato di tali dinamiche, vediamo che a questa scissione tra meccanica classica e diritto corrisponde, anche durante la parentesi del regime, un'ideologia tipicamente liberale del Consiglio di Stato, mediatore tra istanze di libertà

¹² AA.VV., *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico: Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, Milano, 2020.

¹³ A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodi e unità della giurisprudenza*, cit.

e autorità, sin dalla fondazione spaventiana nell'alveo del moderatismo liberale¹⁴.

Se muta l'osservatore muta la prospettiva su tale realtà. E così gli approcci metodologici della scelta giuridica sul controllo sul potere autoritativo del giudice amministrativo sono molto diversi¹⁵.

C'è il realismo giuridico di chi enfatizza l'ampliamento del controllo giurisdizionale come conseguenza della crisi intesa come abuso della funzione legislativa, con relativa marginalizzazione e sfiducia generalizzata verso l'amministrazione pubblica, declinando il principio di separazione come principio di specializzazione e ritenendo così che il giudice finisce per assumere non solo il ruolo di controllo, ma anche di guida e, in alcuni casi, di sostituto dell'amministrazione.

C'è l'enfasi sullo Stato di diritto di chi estende il concetto di imparzialità dal (solo) riferimento al giudice alla struttura del rapporto giuridico controverso, e per questa via prospetta un superamento, o comunque un ridimensionamento, della tradizionale logica dualistica e della specialità del giudice amministrativo, criticando quello che viene considerato il fardello della logica diseguale dell'interesse pubblico.

C'è chi, in ideale controcanto, ribadisce che l'interesse legittimo non è uno strumento di tutela indiretta dell'interesse pubblico, e su questa base percorre strade di massimizzazione della tutela del cittadino, con varie declinazioni: quella della tradizione liberale del giudice pretore; quella che valorizza le molteplici sfumature del sindacato confutatorio, o le regole di metodo riguardanti il processo conoscitivo dell'amministrazione, e il loro nesso con l'attività decisoria; quella che opta per una nuova ricostruzione della nozione di discrezionalità, fondata sulla categoria della razionalità più che della ragionevolezza, e rivista alla luce della categoria della riduzione o esaurimento della discrezionalità.

C'è, infine, la linea di pensiero che affronta il tema dei rapporti fra giurisdizione e amministrazione aderendo alle tesi del giuspositivismo critico, e coltiva un certo scetticismo verso i numerosi casi di ibridazione

¹⁴ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*; ID., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, entrambi in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1053 ss., 873 ss.

¹⁵ Per un'indicazione dettagliata dei sostenitori delle diverse tesi esposte nel testo v. G. TROPEA, *Teoria e ideologia del controllo giurisdizionale sull'amministrazione*, in *Annuario Aipda, Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere*, Napoli, 2024, 404-405.

fra procedimento e processo, ritenendo sempre necessaria la prevalenza della legalità sull'effettività, pena una serie di «rischi dei travisamenti da desiderabilità sociale».

Il mutamento dell'osservatore cambia l'oggetto osservato: un'importante lezione che viene proprio dalla fisica quantistica. Essa mostra come, a livello microscopico, il semplice atto di misurare o di osservare un fenomeno non sia un processo neutrale, ma intervenga attivamente nel determinarne le proprietà. In questo modo si rompe l'idea classica di un mondo oggettivo e indipendente da chi lo guarda, rivelando invece una realtà in cui osservatore e osservato sono profondamente interconnessi.

3. *Il passaggio alla fisica quantistica*

Il passaggio dalla fisica classica alla fisica quantistica cambia inesorabilmente tale scenario. Si attenua quella differenza fondata sul fatto che il giurista *crea* la realtà mentre lo scienziato la *osserva* (sul binomio vero/falso) e anche la verità scientifica, come attesteranno pensatori come Gadamer, Popper e Parelman, finisce per essere una costruzione del *soggetto*.

Si afferma un certo scetticismo nei riguardi dei modelli *sistematici* di cognizione, basati su procedimenti volti a *ridurre* la realtà in fattispecie elementari per poi risalire a principi generali, a vantaggio di sistemi cognitivi di tipo problematico e *deboli*¹⁶. In tal senso, è stato messo in evidenza che «sono proprio gli oggetti ad influire sui comportamenti dell'interprete, pur se in ultima analisi sarà ovviamente quest'ultimo a operare delle scelte, al fine di precisare contenuti e caratteri del singolo campo disciplinare»¹⁷. Allo stesso tempo, di fronte alle sfide epistemologiche che solleva la complessità, si ritiene che possa esservi spazio per un'idea di sistema, da intendersi non già come «entità presupposta», ma come «entità problematica», che non si colloca *a priori* dell'indagine scientifica o giurisprudenziale, ma che costituisce sempre un esito e un risultato verso cui tendere¹⁸.

Uno studio recente di Roberto Bin¹⁹ ha ben indagato questo fenomeno ponendosi sul fronte della discrezionalità del giudice, enormemente

¹⁶ A. MOLITERNI, *Il problema del metodo e il diritto amministrativo*, cit., 468.

¹⁷ L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 49.

¹⁸ A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., 11 ss.

¹⁹ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, cit., *passim*.

aumentata con la Costituzione e con il rapporto con altri ordinamenti, non solo quello europeo.

Secondo Bin, la giustificazione kelseniana fondata sulla gerarchia delle fonti e su una Costituzione che regola la sola *forma* delle leggi non regge più. Non troverebbe spiegazione, ad esempio, la nota vicenda dell'interpretazione conforme a Costituzione del giudice comune e l'allentamento del sindacato accentrato di costituzionalità, così come il tema del bilanciamento e la risoluzione dei c.d. *hard cases*, ad esempio in materia di bio-diritto. Si critica così, con Heisenberg, la c.d. "ontologia del materialismo": l'idea cioè che l'interpretazione abbia a che fare con *cose* che prescindono dal *soggetto* . Si avrebbe, piuttosto, una vera e propria sovrapposizione tra soggetto e oggetto: una compenetrazione che riflette l'impianto epistemologico della meccanica quantistica, secondo cui l'osservatore non può essere separato dal fenomeno osservato. Questo modo di concepire la conoscenza si pone in netto contrasto con l'ormai superato paradigma newtoniano, fondato sull'idea di un osservatore esterno, neutrale e totalmente distinto dall'oggetto dell'indagine.

Ancora Bin afferma: «l'ontologia materialistica sembra presupporre che esista un qualcosa, probabilmente un "documento", che forma l'oggetto del lavoro dell'interprete, il quale perciò affronta il suo lavoro in una prospettiva di netta separazione tra "osservatore" e "osservato", attribuendo a quest'ultimo caratteristiche di oggettività che poi si riflettono sulla stessa costruzione dell'interpretazione e della motivazione della decisione, legittimandole»²⁰.

Queste le premesse della fisica quantistica che potrebbero adattarsi alla scienza giuridica²¹: *i) l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e ne fa parte* (si consideri la speciale autorità che l'ordinamento attribuisce all'interpretazione di alcuni organi rispetto ad altri); *ii) se ogni osservatore è parte del sistema osservato, allora tutti i possibili risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi* (nessuna interpretazione giuridica può essere oggettivamente vera, e a valere è solo il dato statistico); *iii) l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare* (il sistema giuridico è un insieme di potenzialità e probabilità); *iv) ogni atto di osservazione costituisce un processo irreversibile* (ogni atto di interpretazione entra a far parte di una catena interpretativa).

²⁰ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, cit., 12.

²¹ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, cit., 19.

Tale ricostruzione può essere vista da tre diverse prospettive: quella critica; quella sostanzialmente adesiva, che la usa per descrivere però scenari considerati con profonda diffidenza, non a livello di metodo ma a livello di categorie dogmatiche; quella, infine, dello stesso autore, che alla *pars destruens* decostruttiva, della descrizione di quella che è una crisi del metodo tradizionale, affianca una *pars costruens* fondata sull'inserimento dell'interpretazione nella dimensione *istituzionale*, fatta di vincoli, freni, precedenti, reazioni dell'ordinamento che limitano lo spazio dell'interprete e recuperano le istanze dello Stato del diritto, del primato del legislatore, del principio di separazione dei poteri.

Di seguito vado ad esaminare queste tre prospettive più nel dettaglio.

4. *La prospettiva critica*

Secondo una prima impostazione²² non reggerebbe *in apicibus* l'idea di accostare la costruzione kelseniana al determinismo della fisica classica. Kelsen e il suo gradualismo sarebbero lontani dal determinismo e anzi sarebbero compatibili con l'idea della giurisdizione come *creazione*. Inoltre, il neokantismo e il neopositivismo del circolo di Vienna avrebbero condotto Kelsen lontano dalla prospettiva ontologico-materialista fino all'ermeneutica postmoderna, anche se, a ben guardare, è lo stesso Bin ad ammettere di non aver voluto fornire un'esposizione approfondita del pensiero del grande giurista di Praga. Si osserva, inoltre, che secondo le scuole novecentesche più importanti, dalla scuola di Francoforte all'ermeneutica continentale, senza peraltro escludere gli stessi analitici d'oltre oceano, si esclude che la fisica possa essere una premessa valida per il metodo giuridico.

Date queste premesse, è interessante osservare come però anche in questo caso la critica si attenua, riconoscendo la progressiva relativizzazione della scienza e la rilevanza dell'osservatore. Di nuovo, quindi, si riconosce l'attenuazione dell'opposizione tradizionale tra giustificazione pratica (etico-giuridica) e teorica (delle scienze empiriche). La ragione dialettica e il sapere dialogico incontrano così la nuova fisica dei *quanti*.

Peraltro, tornandosi più di recente sull'argomento, si è ritenuto di dover

²² L. BUFFONI, *La filosofia della scienza e lo studio delle fonti del diritto: appunti per una critica del "fiscalismo" giuridico*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2014, 365 ss.

osservare che se è vero che la fisica moderna con l'indeterminismo e il probabilismo dei quanti mostra affinità col metodo empirico-sperimentale del diritto e analogie con la sua natura problematica, è pur vero che sono più le differenze che le somiglianze tra diritto e altre scienze come la fisica: il diritto non è originario e la sua scienza è autonoma rispetto alle altre scienze della natura²³.

Al netto dell'argomento di autorità di cui sopra, che fa leva su Kelsen e Schmitt, il primo fondato sulla *Stufenbau* il secondo sulla scienza giuridica, si è dell'avviso che il rapporto fra filosofia continentale e metodo quantistico sia da ripensare, e sia più stretto di quanto si pensi.

5. *Una recente polemica processuale*

Altri giuristi si sono affiancati alla questione, sfiorandola in note a piè di pagina di grande interesse e spessore²⁴. In una serrata critica all'interpretazione creatrice del giudice amministrativo, fondata su di un uso poco sorvegliato dei principi di *effettività* e *atipicità* della tutela, e della locuzione *giudizio sul rapporto*, leggiamo un ampio richiamo alla polemica fra Einstein e Niels Bohr ("Dio non gioca a dadi", secondo il primo) nonché al celebre apologo del gatto di Schrödinger.

La possibilità che il gatto di Schrödinger chiuso nella scatola sia contemporaneamente sveglio e addormentato (o, in altre versioni, vivo o morto) viene radicalmente esclusa dal giurista che vede nella *sovrapposizione quantistica* un contraltare delle tesi radicali della interpretazione costituzionalmente orientata, del diritto mite e del cognitivismo etico, della *Drittwirkung*, dell'idea della giustizia come *servizio pubblico* e non come *funzione*, con il corollario ultimo dello sbiadire delle differenze fra diritto soggettivo e interesse legittimo.

Chi scrive aderisce a questa prospettiva tradizionalista, ma con alcuni distinguo.

Tale impostazione è quella che meglio argina, anche sul piano istituzionale, alcune derive del principio di legalità e di separazione dei poteri, da non leggere certo più in una vieta e stanca ottica ottocentesca, ma pur sempre da difendere nella loro intima e ultima essenza rispetto all'assedio

²³ L. BUFFONI, *Il metodo nel diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, cit., 19-20.

²⁴ R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., note 10-22.

finale del *creazionismo giuridico*. Il potere “nullo” o “debole” di Montesquieu o di Hamilton, non è più tale, e c'è piena consapevolezza di ciò nella nostra letteratura che parla di “governo dei giudici”, o si interroga criticamente sulla parabola del creazionismo giurisprudenziale, ma anche all'estero. In Germania, ad esempio, si constata il crescente ruolo creativo della giurisprudenza²⁵.

Inoltre, l'impostazione conservatrice è tanto più valida con riguardo alle regole e gli istituti processuali, coperti da una riserva di legge all'art. 111 Cost. Non dimentichiamo che, ancora secondo Bin, anche le regole processuali sono quelle che definiscono in modo decisivo il ruolo istituzionale dell'interprete²⁶.

L'adesione metodologica alle correnti del giuspositivismo moderato mi porta a rivendicare la centralità della riserva di legge, specie in ambito processuale, dove maggiore è l'esigenza della certezza delle regole. Secondo il c.d. giuspositivismo moderato, o, se si vuole, il costituzionalismo garantista, le motivazioni idonee a legittimare l'atto di esercizio di un potere giuridico debbono sempre far capo a fonti formali, tassativamente predeterminate, pur ammettendosi criteri di integrazione che fanno capo a principi giuridici²⁷.

Detto ciò, residuano altri margini per ammettere una relazione tra teoria dei quanti e metodo nel diritto pubblico.

6. *Meccanica quantistica e sguardo del giudice*

Secondo recenti impostazioni²⁸ con la teoria dei quanti, sin dalle fondamentali intuizioni di Heisenberg negli anni '20 del secolo scorso, si è scoperto che le proprietà di ogni cosa consistono nel modo in cui questa cosa influenza le altre. In buona sostanza, le caratteristiche di un oggetto sono il modo in cui esso agisce su altri oggetti: l'oggetto è dato da un insieme di interazioni con altri oggetti. Inoltre, le proprietà di un oggetto

²⁵ G. TROPEA, *Teoria e ideologia del controllo giurisdizionale sull'amministrazione*, cit., 463, anche per indicazioni bibliografiche ulteriori.

²⁶ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva “quantistica”*, cit., 105.

²⁷ G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 9, 163, 182, 183, 214, 278, 447, 609.

²⁸ C. ROVELLI, *Helgoland*, Milano, 2020.

che sono reali rispetto a un secondo oggetto non lo sono necessariamente rispetto a un terzo: tutte le proprietà, quindi, sono *relazionali*.

Può la teoria quantica relazionale essere un ponte tra diritto e scienza, norma e fatto, natura e artificio? Come si è detto vi sono rischi e possibili aporie, riscontrati ai poli opposti delle scuole giuridiche e filosofiche.

Ma qualche apertura si intravede se distinguiamo descrizione e prescrizione, modello teorico e assetto istituzionale: basi pensare che proprio Roberto Bin, sul piano istituzionale e del rapporto fra poteri, è attento a distinguere piano *descrittivo* della scienza quantistica e piano *prescrittivo*, laddove afferma: «Il diritto è ciò che il giudice dice essere, ma è il diritto a dire chi è il giudice», e che presenta una serie di interessanti argomenti contro possibili derive giusrealistiche nella teoria dell'interpretazione. Sono proprio i giurealisti, peraltro, che denunciano il sistema per la sua indeterminatezza, mentre l'affiancamento del metodo giuridico alla fisica quantistica sdrammatizza il problema, in quanto l'indeterminazione non è più un fenomeno patologico, specie quando entrano in gioco i principi. Non si dimentichi, peraltro, che secondo Bin all'approccio newtoniano classico apparterrebbe anche la teoria dworkiniana del giudice Ercole²⁹.

Più di recente, lo stesso autore è tornato sull'argomento assumendo di avere scritto il libro del 2013: «per cercare di spiegare come un processo sostanzialmente entropico e soggettivo, chiamato interpretazione giuridica, offra risultati almeno in qualche misura certi e prevedibili se visto come un'opera collettiva, un gioco giocato da molti», ma mettendo in guardia rispetto a come il dialogo fra le corti e il governo della burocrazia siano spesso in contrasto con la fondamentale esigenza di certezza e sicurezza giuridica³⁰. Non pare un caso che l'apertura della scienza giuspubblicistica al diritto europeo negli anni '80 abbia favorito la commissione con profili più pragmatici, effettuali e antidogmatici, caratterizzati da categorie (si pensi al concetto di *governance*) non strettamente giuridiche³¹.

La fisica quantistica può servire a descrivere suggestivamente questo stato di cose, ferma restando la funzione insostituibile della critica e la necessità del freno. Che si colloca in parte nel ripristinare, quando sufficienti, letture formalistiche del dato positivo, e, quando no, nell'assumere

²⁹ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, cit., 18.

³⁰ R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in www.forumcostituzionale.it.

³¹ A. MOLITERNI, *Il problema del metodo e il diritto amministrativo*, cit., 492.

l'approccio istituzionalista volto a correggere tali derive innanzi tutto proprio sul piano del rapporto fra poteri.

Torniamo, a mo' di esempio, al tema del controllo giudiziario sul potere amministrativo.

L'equilibrio giurisdizione-amministrazione appare in costante tensione e trasformazione, sopravanzato di continuo dal paradigma della *crisi*, dall'emergenza permanente e dallo Stato amministrativo, in cui si amministra con legge e con sentenza. D'altra parte, anche coloro che sono più aperti alle innovazioni derivanti dal ripudio del metodo unico e non si dichiarano pregiudizialmente contro l'economia o a favore del monopolio statale, sono tornati a invocare la schmittiana esigenza del freno della scienza giuridica rispetto alle altre discipline³².

Il fenomeno è generale: si parla di un passaggio da un giudice-Giove, il giudice arbitro dello Stato liberale fedele al principio dispositivo, al già considerato giudice-Ercole, il giudice dello Stato interventista che si occupa della gestione degli interessi minacciati nello Stato sociale; ma soprattutto si aggiunge una nuova figura: il giudice-Ermes, che illustra perfettamente il fenomeno di una nuova regolamentazione propria di una società dove le regole e i governi istituiti gerarchicamente lasciano il posto ad una moltitudine di reti e di poteri in costante interazione. In tale contesto lo Stato rinuncia alle grandi politiche di welfare e diventa riflessivo e procedurale, preferendo affidare ai partner interessati lo sviluppo di un diritto concordato, flessibile, regolabile e fluido³³.

Avere contezza di questa grande trasformazione aiuta a cogliere meglio gli irregolari e incerti confini del controllo giudiziario dell'amministrazione, connotato da "pieni" e "vuoti", e a provare a costruire un rinnovato Stato-di diritto-amministrativo, nella consapevolezza che i valori profondi del liberalismo, pur insidiosamente travati dalle dinamiche del neoliberalismo e del neo costituzionalismo, contengono irrinunciabili "semi di verità" per un più equilibrato bilanciamento tra il potere e il suo controllo.

L'istituzionalismo con cui si guarda al problema ha portato taluni a ritenere che debba operare un certo formalismo interpretativo in capo al

³² A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, Milano, 2018.

³³ G. TROPEA, *Teoria e ideologia del controllo giurisdizionale sull'amministrazione*, cit., 349, anche per i richiami bibliografici.

giudice e a una maggiore deferenza verso amministrazione e legislatore³⁴ e ad altri che i vari competitori nel sistema giuridico (giudice, legislatore, amministrazione, interpreti, etc.) non siano equivalenti, poiché ad essi si riconnettono aspettative diverse e diversi sono i subsistemi in cui svolgono la loro funzione³⁵.

Il punto è che un discorso genealogico fondato sulla filosofia del giudice, implicito nell'approccio metodologico volto a mettere in relazione il soggetto osservatore-interprete e l'oggetto osservato, può essere utile per tentare di dare una lettura unitaria di tali molteplici tendenze apparentemente dissonanti. A seconda del giudice e del periodo considerato, infatti, si è avuta "più" o "meno" amministrazione, anche per la diversa filosofia e ideologia del giudice.

Il problema è spesso il medesimo: da un lato la pienezza del controllo, traguadata attraverso la progressiva rilevanza del principio di effettività della tutela, dall'altro il rispetto dei limiti dell'amministrazione. A mutare è l'osservatore, l'oggetto osservato, la loro *relazione*³⁶.

7. *Interludio: due tesi su una scomparsa*

Veniamo finalmente al racconto, e alla scomparsa di Ettore Majorana.

Non interessano qui le molteplici tesi sulla misteriosa scomparsa del grande fisico siciliano.

Ne prenderò in esame soltanto due, che peraltro non si escludono vicendevolmente.

Nello suo straordinario libro del 1975 Leonardo Sciascia³⁷, dopo aver ricostruito la personalità di Majorana e i suoi debiti culturali (non a caso: Pirandello), formula la nota ipotesi per cui il fisico si sarebbe ritirato nel monastero di Serra San Bruno in Calabria in quanto era riuscito a vedere ciò che non era riuscito a Fermi, e cioè che gli esperimenti condotti dai

³⁴ A. VERMEULE, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Mass.-London, 2006.

³⁵ K. TUORI, *Ratio and Voluntas: the Tension Between Reason and Will in Law*, Farnham, Burlington, Vt., 2011, X.

³⁶ Tenendo presente queste coordinate si può leggere, in letteratura, il capolavoro postmoderno di T. PYNCHON, *L'arcobaleno della gravità*, Milano, 2025.

³⁷ L. SCIASCIA, *La scomparsa di Majorana*, Milano, 2004.

“ragazzi di via Panisperna” sulla radioattività potevano portare alla scissione dell’atomo di uranio.

Giorgio Agamben parte da qui, con una teorizzazione molto interessante per questo scritto³⁸.

Innanzitutto, perché Agamben è un filosofo che tanto si è interessato di biopolitica³⁹, e che mantiene questo profondo interesse sottotraccia anche nello scritto su Majorana. Non è un caso che da Sciascia si prenda la menzione di un importante, e pressoché sconosciuto, testo postumo (?) di Majorana, pubblicato nel 1942, a quattro anni dalla scomparsa: *Il valore delle leggi statistiche nella fisica e nelle scienze sociali*⁴⁰.

L’articolo in questione tratta appunto della trasformazione della fisica dopo l’abbandono del determinismo della meccanica classica a favore di una concezione probabilistica della realtà.

Vi è quindi un collegamento tra nuova fisica e fatti sociali: la disgregazione di un atomo radioattivo non è un fenomeno isolato e imprevedibile, poiché il carattere *probabilistico* dei fenomeni in questione nella fisica quantistica autorizza un intervento dello sperimentatore che gli permetterebbe di *comandare* (il corsivo è di Majorana, la parafrasi del testo è la mia) il fenomeno in una certa direzione. Secondo Agamben: «È possibile, allora, che l’ipotesi di Sciascia sulle motivazioni che hanno spinto Majorana ad abbandonare la fisica vada corretta e integrata nel senso che, se non è certo che Majorana avesse intravisto le conseguenze della scissione dell’atomo, è invece sicuro che egli avesse visto con chiarezza le implicazioni di una meccanica che rinunciava a ogni concezione non probabilistica del reale: la scienza non cercava più di conoscere la realtà, ma – al pari della statistica nelle scienze sociali – soltanto di intervenire su di essa per governarla»⁴¹.

Sembra lecito trarre una prima conclusione: il richiamo alla concezione probabilistica della realtà si sposa con una dimensione *istituzionale*, cooperativa e probabilistica dell’interpretazione nella scienza giuridica.

E inoltre: Majorana conclude il suo breve scritto con la locuzione *arte di governo*, che, nella dizione più specifica di *governamentalità*, molto spazio

³⁸ G. AGAMBEN, *Che cos’è reale? La scomparsa di Majorana*, Milano, 2016.

³⁹ G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023; G. TROPEA-L. BUFFONI (a cura di), *Biopolitica e diritto: un binomio impossibile?*, Napoli, 2025.

⁴⁰ E che può essere letto nella pubblicazione citata alla nota 37.

⁴¹ G. AGAMBEN, *Che cos’è reale? La scomparsa di Majorana*, cit., 19.

ha avuto nella filosofia continentale degli ultimi decenni, specie nella lettura biopolitica.

8. *Fisica quantistica e lettura biopolitica*

Che vi possano essere delle assonanze tra il metodo della fisica quantistica e la lettura biopolitica si evince non solo dall'autore che ha sottolineato la rilevanza dello scritto di Majorana sul *valore delle leggi statistiche nella fisica e nelle scienze sociali* e dal suo richiamo finale all'*arte di governo*. Basti pensare a come il primo teorizzatore della biopolitica, Foucault, dia importanza nella sua opera genealogica all'avvento delle scienze statistiche come mezzo di controllo della popolazione⁴².

Il modello biopolitico non va valutato per quanto è “vero”, ma per quanto è “utile”, e la sua utilità si misura soprattutto con riguardo allo studio del sistema istituzionale dell'economia sociale di mercato. Si pensi alle tecniche di regolazione neoliberale della *governamentalità*, che rifuggono dal tradizionale *command and controll*, per esempio il *nudge* o la *soft law*.

Si va quindi dal tema delle fonti al problema dell'effettività nella regolazione, fino al già richiamato *nudge*, che sembra una versione moderna della legislazione “indiretta” immaginata Bentham. A me pare che al di là della crisi della legge, si potrebbe più ampiamente parlare di crisi del diritto come sistema di veridificazione del potere, per dirla ancora con Foucault, e sempre con quest'ultimo evidenziare il sistema sapere/potere insito a tali fenomeni, che connota la *soft law* come “resa” del sistema democratico rappresentativo a una serie di ideologie forti, su tutte quella neoliberale dell'effettività, che prevale sul modello kelseniano della validità.

Il distacco dal metodo classico della *validità* si ha ancora nel concetto di *governamentalità*, lontano dall'istituzione del governo, e invece collegato al governo delle cose, all'economia delle anime e dei corpi, all'amministrazione direbbe sempre Agamben. Nella misura in cui la categoria della *governamentalità* diviene quindi genealogia dello Stato moderno, l'amministrazione da *poiesis* diviene *praxis*, e l'economia politica diviene, come principio del minimo mezzo, limite interno del potere⁴³.

⁴² M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, trad. it., Milano, 2005

⁴³ Per un'analisi più approfondita di tali tematiche si vedano, se si vuole, le opere richiamate sopra alla nota 38.

Von Hayek mi sembra così pienamente erede del metodo quantistico e suo traghettatore – più o meno inconsapevole – nelle scienze sociali, specie nella parte in cui, attaccandosi al modello predittivo keynesiano, si è proposta un’epistemologia fondata sui limiti conoscitivi dell’esperienza umana. Fa parte di tale campionario metodologico anche il concetto di catallassi: le relazioni economiche vengono trasformate nel fondamento dell’intera società, le regole giuridiche si identificano con le regole del diritto privato e penale che sono frutto di un processo incosciente di selezione, e lo Stato deve applicare anche a sé stesso le regole del diritto privato. La catallassi del mercato non a caso viene concepita dagli ordoliberali in un’accezione più filosofica che economica, evocando una sorta di ordine cosmico in cui *vivere* vuol dire stare sul mercato⁴⁴.

Sempre per restare alle scienze sociali, è stata invece Simon Weil nel saggio intitolato *La science et nous*⁴⁵ a criticare la fisica quantistica, anche in questo caso però partendo da un assunto descrittivo qui molto utile: il carattere probabilistico e discontinuo della nuova teoria fisica, il passaggio dalla nozione di entropia, ancora legata all’energia e alla meccanica classiche, a quella di *probabilità*.

Il cerchio si chiude di nuovo con Bin: l’accostamento alla fisica quantistica cresce di valore euristico nella misura in cui spesso è l’interprete a scegliere la giuridicità di queste nuove fonti e sistemi di regolazione del diritto neoliberale.

9. *Conclusione aperta: sul carattere relazionale e probabilistico della scienza*

È vero che sia nella dottrina pura di Kelsen che nel bilancio sulla scienza giuridica europea del suo contraltare Schmitt c’è una ricerca del diritto come “valore in sé”, sia esso normazione positiva o scienza giuridica.

Ma è pur vero che il Novecento italiano ha dato un’importante prospettiva, quella dell’istituzionalismo, capace di conciliare dialetticamente norma e fatto, natura e artificio, peraltro nei termini *relazionali* propri della più moderna fisica quantistica. Si è osservato icasticamente: «Così pensato, l’ordinamento giuridico romaniano è, contro i dualismi, il punto di incontro, la simbiosi, tra il diritto come organismo e il diritto come

⁴⁴ M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, 2017.

⁴⁵ S. WEIL, *Sur la science*, Paris, 1966.

sistema, tra il corpo e l'idea, tra la realtà e il concetto»⁴⁶. In Santi Romano emerge quindi un metodo che apre sì al metanormativo, ma che allo stesso tempo non cede totalmente la categoria della *validità* a quella dell'*effettività*. A scanso di equivoci, e nonostante le apparenze, da Santi Romano non può discendere pianamente una teoria antiformalista dell'interpretazione, ma un importante tentativo di far coesistere nella scienza giuridica *fisica* e *metafisica*⁴⁷, forse con l'eccezione del suo appellarsi a una "interpretazione di secondo grado" nelle leggi di diritto pubblico, distinta da quella letterale nel diritto privato.

Non è un caso che sia Bin che Roberto Esposito⁴⁸ "correggono" le derive nichiliste e decostruzioniste rispettivamente della fisica quantistica e della biopolitica, apparentate nel modo in cui si è detto, col riferimento al concetto di *istituzione*.

Se, come detto, in Bin ciò equivale a indicare come un processo sostanzialmente entropico e soggettivo, chiamato interpretazione giuridica, offra risultati almeno in qualche misura certi e prevedibili se visto come un'opera collettiva, un gioco giocato da molti (*l'istituzione*, appunto, fatta di interpreti e del caso da risolvere), in Esposito serve a provare una ricomposizione tra *vita* e *istituzione*, drasticamente separate dalla figura del potere, rileggendo le classiche trattazioni di Hariou e Santi Romano.

Ciò è confermato dalla speculare visione di Foucault e Arendt: se il primo critica le istituzioni perché repressive del libero corso della vita, la seconda individua nella vita biologica la forza irresistibile che disseta le istituzioni, consegnandole alla violenza. Si conclude così nel senso di ripensare la categoria della biopolitica, superando quella divaricazione latente tra quello che ad alcuni appare potere assoluto sulla vita e ad altri una vita libera da ogni potere. Bisogna, quindi, integrare il paradigma istituzionale e quello biopolitico in modo produttivo per entrambi.

In questo senso, anche il giudice amministrativo recupera un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisorii e per il principio di atipicità delle azioni dinanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti

⁴⁶ L. BUFFONI, *Il metodo nel diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, cit., 58.

⁴⁷ S. ROMANO, *Diritto (funzione del)*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 86.

⁴⁸ R. ESPOSITO, *Pensiero istituzionale. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020.

bisogni e non infinite risorse economiche, si misura, in concreto e a prescindere dalle opzioni qualificatorie, l'effettività della situazione giuridica considerata. Questo non solo in relazione ai diritti che intuitivamente richiedono una prestazione positiva dell'amministrazione — come i diritti sociali — ma anche per altri diritti come i diritti di libertà — che presuppongono comunque l'esistenza di strutture pubbliche di garanzia.

Le recenti rievocazioni su come la libertà costituzionale nell'ultimo Santi Romano diviene limite giuridico e si compenetra col potere⁴⁹ possono essere richiamate nel quadro di una visione "produttiva" della critica al modello biopolitico neoliberale, che superi finalmente la divaricazione latente tra quello che ad alcuni appare un potere assoluto sulla vita e ad altri una vita libera da ogni potere.

Il pensiero istituyente di cui oggi ci parla Roberto Esposito intende ricomporre tale frattura, e se il giudice amministrativo vuole affrontare la sfida epocale di essere giudice dei diritti e delle libertà post-moderne che si compenetrano nel potere deve raccogliere questa sfida, attraverso la selezione delle diverse tipologie di soggetti e la tutela di quelli maggiormente meritevoli in un ordinamento storicamente determinato e attraverso l'accettazione consapevole e responsabile di un bilanciamento tra nuove libertà e nuove forme di autorità.

Il carattere *relazionale* del pensiero istituzionalista e il suo guardare alla *socialità* del diritto combacia col carattere *relazionale* dei nuovi approdi della fisica quantistica: «la scoperta della natura quantistica della realtà è la scoperta che la natura del mondo fisico è essa stessa comprensibile come una rete di correlazioni: come informazione reciproca, precisamente nel senso fisico di correlazione. Le cose della natura non sono insiemi di elementi isolati che hanno ciascuno le sue proprietà, in sdegnoso individualismo. Significato e intenzionalità, intesi come sopra, sono solo casi particolari, in ambito biologico, dell'ubiquità delle correlazioni. C'è continuità fra il mondo dei significati della nostra vita mentale e il mondo fisico. L'uno e l'altro sono relazioni»⁵⁰.

⁴⁹ A. CIOFFI, *Giurisdizione amministrativa e libertà*, in *Dir. amm.*, 2024, 223 ss.

⁵⁰ C. ROVELLI, *Helgoland*, cit., 109.

Abstract

Il contributo analizza il rinnovato interesse per il metodo nel diritto pubblico, osservando come il confronto tra scienza giuridica e scienze naturali—un tempo caratterizzato dalla distanza tra determinismo classico e positivismo giuridico—sia oggi influenzato dalle categorie della fisica quantistica. Attraverso l'esame delle trasformazioni del ruolo del giudice, della crisi dei modelli sistematici tradizionali e dell'aumento della discrezionalità interpretativa, l'autore discute tre prospettive: quella critica verso l'analogia fra quantistica e metodo giuridico, quella che la adotta con prudenza e quella che, pur riconoscendone le suggestioni descrittive, riafferma la necessità di vincoli istituzionali e formali. Sullo sfondo, il caso della scomparsa di Ettore Majorana consente di riflettere sul passaggio a una concezione probabilistica della realtà, con implicazioni per la teoria dell'interpretazione, per la biopolitica e per i modelli di governamentalità contemporanei. Il saggio propone infine una possibile conciliazione tra suggestioni quantistiche e istituzionalismo giuridico, al fine di leggere le trasformazioni del rapporto tra amministrazione, giudice e diritto in un sistema caratterizzato da complessità, indeterminazione e crescente ruolo dei principi.

The method in public law and the disappearance of Majorana

This essay examines the renewed debate on legal methodology within public law, focusing on how contemporary discussions increasingly intersect with concepts drawn from quantum physics. Historically marked by the distance between classical mechanical determinism and legal positivism, the relationship between law and science is reconsidered in light of interpretive discretion, systemic complexity, and the evolving role of the judge. The author explores three attitudes toward the use of quantum analogies in legal theory: a critical stance, a cautious acceptance concerned mainly with dogmatic implications, and an institutional approach that acknowledges the descriptive value of quantum concepts while reaffirming the need for legal constraints and separation of powers. The narrative detours through the mysterious disappearance of physicist Ettore Majorana, whose reflections on probabilistic laws offer a lens through which

to reconsider legal interpretation, biopolitics, and contemporary models of governmental rationality. Ultimately, the essay suggests a synthesis between quantum-inspired perspectives and institutionalism to better understand the shifting balance between administration, judiciary, and law in an increasingly complex and principle-driven legal order.

La valorizzazione delle comunità nei processi di rigenerazione: suggerzioni straniere ed esperienze italiane

di Paolo Duret

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. Parte I. Le suggestioni straniere. – 2.1. *Community* (o *community-led*, o *community-based*) *enterprises*; *Community Development Trusts*; *Community Land Trusts*; *Community Development Corporations*; *Business Improvement Districts* e *Housing Improvement Districts*. – 2.2. *Régie de quartiers*; *community gardening* e *jardins partagés*; *green communities*; *contrats de rivière*; *Community Benefit Agreements*; *self-help housing*; *co-housing* e *habitat participatif*; *community right to reclaim land*; *right to contest*; *compulsory purchase for communities*; *neighbourhood development plans*. – 3. Parte II. Le esperienze italiane. – 3.1. – Imprese di comunità; fondazioni di comunità; *Community Land Trusts*; contratti di fiume; *community-based monitoring*; contratti territoriali, contratti e accordi di foresta; associazioni fondiarie; *green communities*; comunità del bosco; giardini condivisi, o di comunità. – 3.2. Comunità energetiche; comunità di eredità o di patrimonio; *cultural planning*; *civic* (o *community*) *crowdfunding*; *co-housing*; regolamenti municipali sull'amministrazione condivisa e riuso del patrimonio monastico (cenni); *urban collaborative governance*, pianificazione strategica comunitaria; piattaforme partecipative digitali. – 4. Un *caveat*.

1. Premessa introduttiva

Le riflessioni svolte in questo contributo si prefiggono di offrire in modo cursorio una panoramica delle espressioni nelle quali si manifesta la valorizzazione delle comunità nei processi di rigenerazione, partendo dalle suggestioni provenienti dal contesto internazionale, alle quali è dedicata la prima parte dello scritto per avvicinare poi, nella seconda parte, e in un ordine tendenzialmente simmetrico, le forme emergenti nel contesto nazionale.

In limine si impone una perimetrazione del discorso: si ricorrerà qui al termine “rigenerazione” in quell’accezione ampia che gli viene oggi riconosciuta, non circoscritta cioè al recupero fisico dell’esistente, ma che, valorizzando la valenza semantica della *regeneratio* (il cui corrispettivo greco è la *παλιγγενεσία*), estende la nozione di rigenerazione al rinnovamento socio-economico delle aree interessate¹.

1 Così M. G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Amm.*, 4/2018, 824-825. Del resto l’etimo originario sottintende, com’è stato osservato, «l’idea di una

Non ci si avventurerà viceversa in quelle sottili distinzioni tra *recupero*, *riqualificazione*, *riabilitazione*, *rivitalizzazione*, *riconversione*, *rinnovo*, *risanamento*, etc., sia perché esse paiono talora appartenere al novero di *subtilitates iuris*², sia soprattutto perché mi muoverò qui anche oltre l'ambito della rigenerazione *urbana*³ – per la quale il riferimento ai processi comunitari di rigenerazione è, per così dire, *in re ipsa*, se si condivide la nota definizione di Frug sulla città come «*creature of the community*»⁴ – fino a ricomprendere la rigenerazione dei *territori*⁵, con tutte le possibili manifestazioni che anche

profonda trasformazione ad esito di un sovvertimento radicale» (F. FAVARO, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. edil.*, 2/2020, 91).

² Per alcune opportune distinzioni cfr. peraltro R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra pianificazione e programmazione*, in *Riv. giur. edil.*, 5/2014, pt. II, 237 ss. Per il rilievo di una sorta di “plusvalore” della rigenerazione urbana cfr. G. PIPERATA, *Rigenerazione urbana e patrimonio culturale nell'esperienza amministrativa italiana di ripresa e resilienza*, in *Aedon*, 1/2024, 9, per il quale infatti «[t]ale fenomeno, infatti, presenta alcune peculiarità che lo differenziano rispetto ad altri fenomeni simili come la ristrutturazione edilizia o altre dinamiche di recupero o di riqualificazione urbanistica, da tempo conosciuti e regolati dal diritto».

³ Per ampi riferimenti bibliografici al tema della rigenerazione urbana cfr. L. CORRADETTI, *La rigenerazione urbana e le azioni in materia di energia come endiadi del processo di transizione energetica*, in *RQDA*, 2/2023, 48 ss.

⁴ G.E. FRUG, *The City as a Legal Concept*, in *Harvard Law Review*, 6/1980, 1057, il quale vi contrappone la visione della città come «*creature of the State*». Come ricorda da ultimo da M. CALABRÒ, *Participatory urban regeneration models: the inclusive dimension of sustainability*, in *www.nuoveautonomie.it*, 1-2/2024, 8, mentre nella seconda accezione «*the city is the result of authoritative public choices, delivered from above*», nella prima ipotesi «*the city belongs to the community and, at the same time, to the individual, who has a claim to actively participate in public decisions connected to the development of the city, as well as to promote initiatives of general interest intended to affect the community*». Cfr., altresì, G. GROE, *Pianificazione urbanistica e sussidiarietà: il modello iberico*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 3/2023, 520; F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2018, 33, secondo il quale l'entropica riduzione delle città a «*creatures of the state*» da parte del diritto statale rappresenta il portato della caratteristica avversione del pensiero politico liberale nei confronti dei corpi intermedi tra Stato e individuo. Nello stesso senso cfr. F. GIGLIONI, *Order without law in the experience of Italian cities*, in *It. Journ. Pub. Law*, 2/2017, 291 ss.; ID., *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. ed.*, II, 2018, 20. Sulla tesi sviluppata da Frug, oltre che nel saggio citato, anche in *City Making: Building Communities without Building Walls*, Princeton Univ. Press, 1999, cfr., inoltre, R. C. SCHRAGGER, *The Political Economy of City Power*, in *44 Fordham Urb. L. J.*, 2017, 115 ss.

⁵ In questo senso cfr., nella letteratura metagiuridica, il recente volume *Rigenerazione urbana e territoriale. Un sussidiario*, a cura di A. DE ROSSI e G. LUPATELLI, Roma, 2025.

il lemma “territorio” può assumere se inteso «come una risorsa complessa che incarna molteplici vocazioni (ambientali, culturali, produttive, storiche)»⁶.

2. Parte I. Le suggestioni straniere

2.1. *Community* (o *community-led*, o *community-based*) *enterprises*; *Community Development Trusts*; *Community Land Trusts*; *Community Development Corporations*; *Business Improvement Districts* e *Housing Improvement Districts*

L’attenzione della dottrina si è soprattutto focalizzata sulla nascita e sullo sviluppo incrementale di *community based organisations* protagoniste dei processi di rigenerazione urbana, o, più in generale, di beni immobili e spazi pubblici, con particolare enfasi sulle *community* (o *community-led*, o *community-based*) *enterprises*⁷ del Regno Unito⁸, connotate dal “rapporto osmotico” che si instaura con le rispettive comunità, risultante dalla circostanza che le *community enterprises* sono ad un tempo di *proprietà* della comunità (nel senso che «i beni appartengono alla comunità, e non possono essere venduti a scopo di lucro privato»), sono *gestite* dalla comunità, sono *controllate* dalla comunità, sulla quale rifluiscono inoltre utili e incrementi di capitale conseguenti all’attività imprenditoriale che le caratterizza⁹ (sussistendo per alcune il cd. *assets lock* o patrimonio bloccato a beneficio della comunità).

A proposito di tale *rigenerazione* si è sottolineato come le risorse

⁶ Così recentemente Corte costituzionale 16 luglio 2019, n.179 (p.to 12.1 diritto).

⁷ Secondo P. SOMERVILLE – G. McELWEE, *Situating community enterprise: A theoretical exploration*, in *Entrepreneurship & Regional Development*, 5–6/2011, 317 ss., peraltro, le *community-based enterprises* sono una *species* del genere *community enterprise*, nella quale «the enterprise is identified with the community itself» (ivi, 327). In tema cfr. inoltre più di recente A. EARLEY, *Achieving urban regeneration without gentrification? Community enterprises and community assets in the UK*, in *Journal of Urban Affairs*, 2023, 1 ss.; N. BURATTI, C. SILLIG, M. ALBANESE, *Community enterprise, community entrepreneurship and local development: a literature review on three decades of empirical studies and theorizations*, in *Entrepreneurship & Regional Development*, issue 5-6/2022, pp. 376 ss.

⁸ S. LE XUAN – L. TRICARICO, *Imprese comuni. Community enterprises e rigenerazione urbana nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

⁹ Il rapporto “osmotico” è ben sintetizzato nello studio di fattibilità su “Lo sviluppo

affidate alle *community enterprises* siano prevalentemente «spazi residuali o immobili dismessi – concessi da enti pubblici o ottenuti attraverso donazioni private – contraddistinti da elevati costi per la manutenzione e la gestione», quali «[c]omparti scolastici degradati, biblioteche abbandonate, palazzini ed uffici municipali sovradimensionati» e, soprattutto, come tale rigenerazione abbia il proprio fulcro nel “*capacity development*”, spostando così «il centro dell’attenzione dai beni e servizi che si intendono proporre alla comunità, all’effettiva capacità della comunità stessa di operare per il proprio welfare»¹⁰.

Nel quadro degli ambiti materiali di intervento delle *community enterprises* possono essere inclusi i “*community shops*”: costituiti, talora, in risposta allo *shock* determinato dalla chiusura dell’unico punto vendita di riferimento della realtà locale, essi assumono non di rado un ruolo multifunzionale (ad esempio, anche di bar o di ufficio postale del paese), garantendo servizi fondamentali per i residenti e i molti casi anche per le comunità limitrofe¹¹.

Con riferimento più specifico ai processi di rigenerazione e riqualificazione dei quartieri, particolare risalto hanno ottenuto, nella galassia riconducibile al modello, i *Community Development Trusts*, anch’essi imprese di proprietà e gestite dalla comunità locale, in differenti forme giuridiche¹².

delle cooperative di comunità”, *La cooperazione di comunità per uno sviluppo locale sostenibile*, Invitalia, Roma, 17 novembre 2016, reperibile in rete, 82-83, ove si evidenzia che le stesse sono di *proprietà della comunità*, nel senso che «i beni appartengono alla comunità e non possono essere venduti a scopo di lucro privato», sono *gestite dalla comunità*, dal momento che «gli attori locali che sono portatori degli interessi della comunità svolgono un ruolo di primo piano nell’impresa», sono *controllate dalla comunità*, la quale «è rappresentata nel Consiglio di Amministrazione e fa in modo che l’impresa sia responsabile nei confronti della comunità», sono ordinate a re-investire utili e *surplus* di capitale generati attraverso l’attività imprenditoriale «oltre che nella stessa organizzazione, nella comunità locale alla quale l’impresa appartiene o in attività a beneficio della comunità», nonché ad affrontare e gestire «problemi sociali e ambientali nel loro territorio di riferimento».

¹⁰ S. LE XUAN – L. TRICARICO, *Le Community Enterprises*, in *Gran Bretagna: imprese sociali come modello di rigenerazione urbana*, in *Rivista impresa sociale*, 2/11-2013, rispettivamente 28 e 31-32.

¹¹ Cfr. il già citato studio di fattibilità *La cooperazione di comunità per uno sviluppo locale sostenibile*, 83 ss.

¹² Le attività realizzate da tali imprese «vanno dal recupero di edifici e spazi (pubblici o privati) dismessi, con differenti destinazioni d’uso (laboratori, mercati di quartiere, attività sportive, servizi sociali e ricreativi per varie categorie di soggetti, ecc.), alla

In taluni casi si tratta di organizzazioni sorte come gruppi di protesta per difendere le rispettive comunità da minacce esterne, sia di tipo speculativo che consistenti in progetti di demolizione suscettibili di disgregare le comunità medesime.

Capostipite degli stessi è il *Westway Development Trust*, sorto nei primi anni Settanta per il risanamento degli spazi sottostanti un'autostrada sopraelevata intersecante una delle zone più degradate di Londra, l'area di North Kensington¹³ ed in grado di ottenere più di 9 ettari di terreno sotto tale autostrada mediante un contratto di *leasing*.

Ulteriori esempi sono offerti dall'esperienza dei *Coin Street Community Builders* nell'area di Waterloo a Londra, organizzazione *non profit* alla quale nel 1984 il *Greater London Council* ha trasferito più di 5 ettari di terreno da riqualificare¹⁴ (la rigenerazione dell'area di *Coin Street* viene indicata altresì come un emblematico esempio del diffondersi di forme di c.d. «*popular planning*», ossia di una pianificazione popolare rimessa in tutte le sue fasi al controllo diretto dei cittadini)¹⁵. Si veda inoltre l'esperienza dell'*Hackney Cooperative Developments*, proprietaria di 73 spazi da rigenerare e protagonista di un importante progetto di riqualificazione urbana e sociale ad Hackney, quartiere nord-orientale di Londra, all'interno della *Greater London*¹⁶, nonché

gestione di negozi, di spazi commerciali, uffici postali o di complessi residenziali, fino allo sviluppo di progetti legati alla fornitura di energia rinnovabile» (*La cooperazione di comunità*, cit., 102).

¹³ Cfr. N. BAILEY, *The role, organisation and contribution of community enterprise to urban regeneration policy in the UK*, in *Progress in Planning*, 77, 2012, 25 ss. Per approfondimenti sull'evoluzione di questa esperienza, qualificata come «una delle pietre miliari delle esperienze di rigenerazione urbana basate sull'azione delle community enterprises», cfr. S. LE XUAN – L. TRICARICO, *Le Community Enterprises*, cit., 31-32, nonché *Imprese comuni*, cit., 78 ss.

¹⁴ Su tale esperienza cfr. F. MINORA, *Terzo settore, impresa sociale e produzione di abitabilità: alcune ipotesi di lavoro*, Euricse, 2015, specie 11-13.

¹⁵ T. FAVARO, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. edil.*, 2/2020, 93, che si richiama alla definizione fornita da T. BRINDLEY, *Popular planning: Coin Street, London*, in T. BRINDLEY-Y. RYDIN-G. STOKER, *Remaking Planning: The Politics of Urban Change*, London, 1996, 60 ss., secondo il quale «[p]opular planning is planning by local communities in their own neighbourhoods. It involves both the formulation of planning proposals and their implementation by local community organizations. This rests on close collaboration between the community and the local planning authority, which has to be persuaded to adopt the popular plan as official policy. But the essence of popular planning is that local residents retain a high degree of direct control over the whole process».

¹⁶ Per un approfondimento di questa esperienza cfr. M. BIANCHI, *How Communities Can Regenerate Urban Contexts. The Case Study of Hackney Co-operative Development*, Euricse

quella dell'*Eldonian Village* nell'ex area industriale di Vauxhall di Liverpool¹⁷.

S'è osservato che i *Community Development Trusts* rappresentano «un nuovo modello di rigenerazione urbana, che pone al centro del processo rigenerativo la comunità nel suo insieme, che si mobilita per rispondere ai propri bisogni, facendo leva sulle risorse locali (materiali e immateriali) a disposizione e sulla loro capacità di attrarre risorse esterne di diversa natura»¹⁸.

Si noti che l'esempio anglosassone dei *Development Trusts* e delle *Community Enterprises* ha influenzato anche l'esperienza olandese; da questo concetto derivano infatti i principi informatori dell'iniziativa sperimentale avviata nel 2012 dal *Landelijk Samenwerkingsverband Aandachtswijken* (LSA, Alleanza nazionale per lo sviluppo comunitario) per realizzare da 10 a 15 *Bewonersbedrijven*, equivalenti delle *Community Based Enterprises* inglesi¹⁹, peraltro da reinterpretare nel contesto olandese.

Anche qui pertanto numerose comunità, specialmente al di fuori

Working Papers, 87 | 16, 2016, che qualifica la stessa come «*expression of the local community organised in a business structure*», con particolare riferimento all'intervento di riqualificazione realizzato nella *Gillet Square*, ritenuta «*not just a place*», bensì «*the reason why this company can be considered a good example of urban regeneration through community-led enterprise*» (ivi, 26).

¹⁷ S. LE XUAN – L. TRICARICO, *Imprese comuni*, cit., 54 ss., per l'analisi dell'esperienza dell'*Eldonian village*. Su questa realtà cfr. G. EVANS, *The Eldonian Village, Liverpool*, in *Open House International* 30(4), 2005, 67-70; cenni altresì in P. SOMERVILLE – G. McELWEE, *Situating*, cit., 326-327, ove richiamo anche all'esperienza dei *Coin Street Community Builders*; a quest'ultima fa riferimento anche J. PEARCE, *Social Enterprise in Anytown*, Calouste Gulbenkian Foundation, 2003, nonché, nella letteratura italiana, F. MINORA, *Le proprietà collettive: un modello da rivalutare?*, in *Abitare l'Italia. Territori, economie, disuguaglianze*, XIV conferenza SIU – 24/25/26 marzo 2011, 6, il quale peraltro riconduce la figura nell'ambito, contiguo, dei *Community Land Trusts* (CLT) di cui si tratterà *infra*.

¹⁸ Cfr. il già citato studio di fattibilità *La cooperazione di comunità per uno sviluppo locale sostenibile*, 105,

¹⁹ D. VAN OOIJEN, *An overview of Dutch examples of citizens' initiatives*, paper per il *Sheffield TRP Seminar on Civic Production*, 1 maggio 2013, reperibile in rete. Secondo l'A. «*[a] community enterprise is a generic term denoting initiatives by local residents who are teaming up to make their neighbourhood or village a better place to live. Local residents take the initiative, implement the initiative, and eventually end up running a centre or maintaining green areas themselves*». Come esempi di *community enterprises* l'A. segnala: 1) il Centro Multifunzionale Oostwold, 2) il *Duurzaam Hoonhorst 2050* [Hoonhorst Sostenibile], 3) il *De Meenaart community centre* in Amsterdam, il primo ad essere gestito, dopo il trasferimento della proprietà ai residenti locali nel gennaio 2012, non da un'istituzione terza, bensì direttamente dalla comunità e, si aggiunge, dalla comunità «*as a whole, meaning that everyone has a say and there is no single boss*» (ivi, 8-9).

delle grandi aree urbane, hanno assistito al fenomeno di residenti locali che rilevano negozi di comunità (come *Sterkseel*), *pubs* del villaggio (come nel villaggio di Esbeek), o biblioteche, nel contesto di quella che è stata efficacemente definita una “società rizomatica”.

Accomunati sotto molti profili ai *Development Trusts*, dai quali tuttavia si differenziano per l'enfasi posta sulla fornitura di alloggi a prezzi accessibili²⁰, sono quei particolari *trust* che prendono il nome di *Community Land Trusts (CLTs)*²¹, in quanto si basano sulla dissociazione tra diritto di proprietà della terra, che resta alla comunità, ma gestita in regime di amministrazione fiduciaria dal *trust*, e diritti sulle abitazioni²², con meccanismi volti ad assicurare altresì una socializzazione della rendita fondiaria.

Un dato che si riscontra comunemente nella letteratura relativa a questa figura è appunto l'orientamento alla realizzazione di un *local community*

²⁰ Cfr. T. MOORE e K. MCKEE, *Empowering Local Communities? An International Review of Community Land Trusts*, in *Housing Studies*, vol. 27, 2/2012, 280; K. A. GRAY & M. GALANDE, *Keeping “community” in a community land trust*, in *Social Work Research*, 35, 2011, 241: «*The primary focus of community land trusts (CLTs) is affordable housing for individuals and communities*».

²¹ Cfr. U. ENGELSMAN, M. ROWE & A. SOUTHERN, *Community Land Trusts, affordable housing and community organising in low-income neighbourhoods*, in *International Journal of Housing Policy*, 18:1, 2018, 103 ss. Secondo la definizione formulata dall'*Institute for Community Economics (ICE)* si tratta di «*a private nonprofit corporation created to acquire and hold land for the benefit of a community and provide secure affordable access to land and housing for community residents*» (cfr. K. A. GRAY, *Community land trusts in the United States*, in *Journal of Community Practice*, 16[1], 2008, 68).

²² Si realizza così un modello di proprietà “duale”, o “ibrida” (*a split in the ownership between land and improvements*) nel quale «il CLT possiede la terra, mentre privati cittadini, organizzazioni pubbliche o private possiedono qualsiasi struttura residenziale o commerciale frutto del lavoro umano situata sulla terra (i cosiddetti “*improvements*”)), salvo precisare che la terra, intesa quale patrimonio comune, non è nella piena disponibilità del CLT, ma è dallo stesso gestita in regime di amministrazione fiduciaria e nell'interesse di una comunità (A. CUCCIA, *Community Land Trust e beni comuni. Le implicazioni della dimensione comunitaria e i risvolti applicativi in Italia*, pubblicato il 18 febbraio 2019 su www.labsus.org, 7). Rispetto al suolo che ha in proprietà la posizione del CLT è, infatti, «quella di un *trustee* nell'ambito di un *trust* costituito a beneficio dei suoi abitanti, delle comunità locali e delle generazioni future», realizzandosi così, mediante il ricorso allo strumento in parola, la sottrazione di «interi aree urbane sia alle mani delle amministrazioni pubbliche, prevenendo privatizzazioni ed *enclosures*, sia alle logiche estrattive degli scambi speculativi» (A. VERCELLONE, *Urban Commons e modelli di governo. Il Community Land Trust*, in *Beni Comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove Istituzioni*, a cura di A. QUARTA & M. SPANÒ, Milano, 2016, rispettivamente 176 e 182).

empowerment e di una *democratic stewardship of the assets*²³. Il radicamento in una «*physical community*», dalla quale tali figure emergono come risposta di base ai bisogni locali²⁴, si riflette anche nella struttura tripartita della *governance*, che, quanto meno nell'esperienza americana, consegna comunque ai residenti i due terzi del controllo dei relativi *boards*²⁵. Sussiste dunque una peculiare struttura organizzativa che ne fa «un dispositivo amministrativo improntato alla responsabilizzazione di una comunità locale»²⁶, così da essere ascrivibili a una prospettiva di *community-led housing*²⁷.

L'istituto del *land trust* viene così «arricchito di aperture comunitarie e partecipative», aggiungendosi una C (*CLT*), trascorrendo dal «*land trusts*» al «*“community” land trusts*», dal «*trustery*» al «*trusteeship*» e superando i confini di una «*intentional community*» o «*enclave of like-minded people*», per allargarsi a un ruolo, come già anticipato, di vero e proprio «*vehicle for community empowerments*»²⁸.

L'istituto ha mostrato maggiore capacità di resistenza in presenza della bolla speculativa immobiliare all'origine della nota crisi dei cd. *subprimes*²⁹ che ne ha favorito così la diffusione nel contesto extra-statunitense;

²³ T. MOORE e K. MCKEE, *Empowering*, cit., 285; cfr., inoltre, 280-281: «*CLTs are primarily focused on meeting the needs of a local geographic community, with a strong emphasis on local community empowerment and the democratic management of assets*»; D. DIACON, R. CLARKE, S. GUIMARÃES, *Redefining the Commons: Locking in Value through Community Land Trusts*, Coalville, 2005, 3 e 1, ove si afferma che «*they can also act as a successful means of community engagement by giving local people collective control of land and property assets within their neighbourhoods*».

²⁴ K. A. GRAY, *Community land trusts*, cit., rispettivamente 69, ove si ricorda infatti □ richiamandosi alle 10 *key features* dei *CLTs* identificate da J. E. DAVIS, *The Diverse World of Community Land Trusts*, in *Starting a Community Land Trust: Organizational and Operational Choices*, Burlington Associates, 2007 □ che «*[t]he CLT belongs to a physical community*» e 71.

²⁵ K. A. GRAY, *Community land trusts*, cit., 70.

²⁶ A. CUCCIA, *Community Land Trust*, cit., 4.

²⁷ Per il ricorso a questa terminologia cfr. l'analisi promossa da Federcasa e LABGOV di M. BERNARDI, F. BETTINI, E. DE NICOLIS, C. PREVETE, *Casa Bene Comune. Dall'housing collaborativo all'housing di comunità*, in www.astrid-online.it, 30. In argomento cfr., da ultimo, R. McCLATCHEYA, K. McCLYMONT, E. GRIFFIN and L. CARMICHAEL, *Community led housing, health and wellbeing: a comprehensive literature review*, in *International Journal of Housing Policy*, 25:1, 2025, 18 ss.

²⁸ J. E. DAVIS, *The origins and evolution of Community Land Trust in the United States*, 2014 reperibile in <http://www.clroots.org>, *passim*.

²⁹ Cfr. V. LE ROUZIC, alla voce *Community Land Trust (organismes foncier solidaire)*, in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017, nonché

così ad es. nel sistema inglese che ne ha offerto per la prima volta un inquadramento giuridico nell'*Housing & Regeneration Act 2008*³⁰; significativa anche l'esperienza belga dell'*Alliance foncière régionale*, con il progetto *Ecluse*, inaugurato nel settembre 2015 nel quartiere popolare di Molenbeek a Bruxelles – che costituisce infatti il primo esempio di *CLT* abitativo continentale e l'approdo di una vicenda che ha visto tra i protagonisti il *Community Land Trust Bruxelles (CLTB)*³¹ – o la recente introduzione in Francia degli *Organismes de foncier solidaire*³².

Quanto agli ambiti di intervento, ne è emerso il potenziale ruolo nel quadro di processi di riqualificazione/rigenerazione delle aree, anche attraverso l'imposizione di vincoli preordinati al contrasto dell'assenteismo proprietario e, più in generale, di valorizzazione delle aree stesse (la porzione più cospicua delle risorse del *CLT* è «generalmente destinata a ristrutturazione di edifici destinati a usi collettivi, riqualificazione di zone verdi, iniziative culturali, costruzione e gestione di luoghi di aggregazione

T. ANGOTTI, *Struggles for land and the promise of Community land trust*, in *Scienze del Territorio*, 3/2015, 378 ss.

³⁰ Sull'esperienza inglese, con particolare riferimento ad uno dei primi *CLT* urbani, cfr. S. BUNCE, *Pursuing Urban Commons: Politics and Alliances in Community Land Trust Activism in East London*, in *Antipode*, vol. 48, 1, 2016, 134 ss.

³¹ In argomento cfr. N. BERNARD, *Le community land trust comme nouveau paradigme de l'habitat acquisitif (ou les communs appliqués à la propriété du logement)*, in *R.I.E.J.*, 2018, 243 ss.; T. DAWANCE, *Le Community Land Trust Bruxelles, une terre partagée pour un habitat responsable*, reperibile *online*. Anche nel caso belga, come si legge sul sito del *CLTB*, a proposito della *vision* che deve caratterizzare tale *CLT*, si riconosce che l'azione dell'istituto non si debba limitare alla «production de logements», ma debba estendersi «à l'empowerment de ses bénéficiaires, à l'amélioration des territoires sur lesquels il est actif et au renforcement de la cohésion sociale. C'est pourquoi il est important d'inclure également les habitants actuels du quartier dans la construction du projet». L'ambientazione del *CLT* nel contesto europeo chiama in causa (o presenta analogie con) figure non così sconosciute, quali il *diritto di superficie*, o l'*enfiteusi*, istituto a sua volta riletto dagli urbanisti come «a strategy of “collaborative” land use planning» (A. DI ROBILANT, *Property and Democratic Deliberation: The Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *Am. J. Comp. L.*, issue 2/2014, 322, a proposito della riscoperta dell'*enfiteusi* nell'ordinamento olandese e nella città di Amsterdam in particolare).

³² Figura introdotta nel *Code de l'urbanisme* dalla *Loi ALUR (accès au logement et urbanisme renouvé)*. In tema cfr. H. MOREL, *La notion de « communauté » des Community Land Trust est-elle transposable aux organismes de foncier solidaire ?*, pubblicato il 27 gennaio 2023 in *poliquedulogement.com*.

sociale)»³³, così da disegnare una parabola evolutiva che, trascendendo l'originaria *mission*, legata all'*housing affordability*, approda in definitiva a farne dei motori di sviluppo della comunità (profilo che appare maggiormente in luce in alcune declinazioni europee del modello).

Sempre nell'esperienza statunitense e sempre con prevalente riguardo all'*affordable housing*, va segnalata, inoltre, la figura delle *Community Development Corporations (CDCs)*³⁴, definite come «*nonprofit community-based organizations whose distinctive feature is their focus on fostering physical and economic assets in their communities*» garantendo la maggior partecipazione possibile da parte dei *community resident*³⁵.

Un'altra forma particolare nella quale il settore privato assume un ruolo civico attivo³⁶ in un territorio determinato è rappresentata dai *Business Improvement Districts (BIDs)*, «costituiti originariamente per volontà di una maggioranza qualificata dei proprietari immobiliari di una certa zona per fornire servizi aggiuntivi al quartiere» in relazione alla tutela e cura di strade, piazze, parchi, ed altri luoghi pubblici, con attività finanziate nella fase di *start-up* da una tassa supplementare per tutti i proprietari ricompresi all'interno del *BID*³⁷. Questa figura è stata ricondotta ad un possibile

³³ A. VERCELLONE, *Urban Commons*, cit., 177. Cenni al tema di recente in C. IAIONE, *Self-sustaining planetary cities: experimentations between technology and proximity towards commons-based human settlements fit for extreme conditions*, in *Riv. giur. edil.*, 5/2023, 301 ss., specie 312-313 e ID., *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, ivi, 6/2024, 433 ss., specie 451-452.

³⁴ Del resto, secondo F. MINORA, *Terzo settore*, cit., 10, i *CLTs* appena esaminati rappresenterebbero un esempio particolare delle *Community Development Corporations*.

³⁵ A. C. VIDAL – W. D. KEATING, *Community development: Current issues and emerging challenges*, in *Journal of Urban Affairs*, 2/2004, 126-127, ove si chiarisce che le *CDCs* «*typically have broad community betterment missions and engage in a wide variety of activities, but their signature accomplishment is the production of affordable housing*»; cfr., inoltre, p.128, ove si sostiene che anche esse «*[...] are strongly committed to democratic decision-making at the neighborhood level*», dal momento che pongono forte enfasi su un approccio, noto come «*community building*», essendo «*designed to encourage residents and other stakeholders to participate in the community change effort and to support and prepare residents to do this well*».

³⁶ Cfr. L. O. HOUSTOUN JR., *Business Improvement Districts*, II ed., 2003, Washington, DC, 9.

³⁷ Così C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 1/2013. Cfr. altresì D. ZIEBARTH, *Business Improvement Districts and Contemporary Local Governance*, in *State & Local Government Review*, 2/2020), 28 ss.; G. MORÇÖL, J. F. WOLF, *Understanding Business Improvement Districts: A New Governance Framework*, in *Public Administration Review*, Vol. 70, 6/2010), 906 ss.

modello di *neighbourhood empowerment*³⁸ (anche se si è acutamente osservato che, «[...] *unlike other forms of neighborhood government, they empower property owners or businesses rather than residents*»³⁹) fino ad apparire come una sorta di “estensione della comunità”⁴⁰, funzionale al suo sviluppo.

Si è assistito alla progressiva assunzione da parte dei *BIDs* di un ruolo multifunzionale, come si verifica, ad esempio, nello *strategic planning* e nella

³⁸ Cfr. K. A. STAHL, *Neighborhood empowerment and the future of the city*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2013, 939 ss. Cfr. inoltre T. PRENZLER, *Business Improvement Districts, Urban Regeneration and Social Inclusion*, in *Preventing Crime and Disorder in Public Places. Crime Prevention and Security Management*, Cham, 2024, https://doi.org/10.1007/978-3-031-63764-3_4.

³⁹ R. BRIFFAULT, *A Government for Our Time? Business Improvement Districts and Urban Governance*, in 99 *Columbia Law Review*, 1999, 366. Anche I. R. COOK, *Mobilising urban policies: The policy transfer of US Business Improvement Districts to England and Wales*, in *Urban Studies*, 4/2008, 788-789, rimarca «*the lack of involvement by employees, residents and the wider public*», posto che «*[t]hese groups were rarely involved in constructing national and local BIDs policies and practices on both sides of the Atlantic*». Secondo S. ZUKIN, *The Cultures of Cities*, Cambridge, MA, 1995, 67, «*[p]roperty values lie at the heart of the BIDs drive for public improvements*». *Contra* nella dottrina italiana cfr. G. BRUNETTA, O. CALDARICE, *Self-organisation and retail-led regeneration: A new territorial governance within the Italian context*, in *Local Economy*, 4-5/2014, 337, ove si sostiene, sulla scorta di G. BRUNETTA, S. MORONI, *Contractual Communities in the Self-Organising City: Freedom, Creativity, Subsidiarity*, Dordrecht, 2012, che i *BIDs* sarebbero «*more successful than urban regeneration processes because they are bottom-up initiatives, funded by private sector resources and with a high level of social inclusion*» e costituirebbero esempi di nuovi modelli caratteristici di un contesto nel quale «*[...] local community – organised in associations – becomes the active player in the resolution of the future economic and social wellbeing of the city*».

⁴⁰ S. A. GROSSMAN, *The case of Business Improvement Districts: Special District Public-Private Cooperation in Community Revitalization*, in *Public Performance & Management Review*, 2/2008, 292, osserva infatti che «*BIDs may get involved in local political controversies but seem to act as vehicles for accelerated citizen involvement and dialogue. Unlike purely economic agencies, BIDs are so localized that they are extensions of the community, and their true nature is community development*»; ivi si osserva, ancora, che i *Bids* «*[...] infuse community development processes with a new entrepreneurship based on community ownership of the process*». Cfr., inoltre, G. BRUNETTA, O. CALDARICE, *Self-organisation*, cit., 337, ove se ne enfatizza «*the relationship with the community and – more generally – with the places in which they are embedded*».

*public space regulation*⁴¹, sebbene i critici vi abbiano ravvisato un carattere di «Disneyfication of downtowns»⁴².

Nel contesto europeo si possono richiamare a titolo di esempio l'esperienza svedese di Gothenburg⁴³, quella inglese – nella quale si rileva come molti *BIDS* giochino ora un ruolo dominante nel “*place shaping*”, accanto a quello primario nella fornitura di servizi addizionali ad una *locality*, – o quella della variante tedesca costituita dal ricorso agli *Housing Improvement Districts*⁴⁴. Significativa l'esperienza della città-stato di Amburgo, con il prototipo del modello realizzato nel quartiere popolare di *Steilsboop*⁴⁵, già precedentemente riconosciuto come area di rigenerazione (*Sanierungsgebiet*).

Si sottolinea come il modello, espressione di una “società civile in azione”, riposi sull'idea che i proprietari detengano una *expertise d'usage* che consente loro, in una prospettiva di “co-costruzione della città”, di elaborare progetti di riqualificazione urbana meglio calibrati sui loro bisogni, facendo leva sulla loro partecipazione (anche) finanziaria alla realizzazione dell'istituto, per conseguire un maggior coinvolgimento nella vita del quartiere con la creazione di un legame sociale fra i medesimi.

Tuttavia a ben vedere la rappresentatività del modello non si estende oltre la cerchia dei cittadini attivi del quartiere, ma forse sarebbe più pro-

⁴¹ G. MORÇÖL e U. ZIMMERMANN, *Metropolitan Governance and Business Improvement Districts*, in G. MORÇÖL, L. HOYT, J.W. MEEK e U. ZIMMERMANN (eds.), *Business Improvement Districts: Research, Theories, and Controversies*, Boca Raton, FL, 2008, 27 ss., specie 41 ss.

⁴² Cfr. L. O. HOUSTON JR., *Business Improvement Districts*, cit., 13.

⁴³ Su tale esperienza, peraltro in chiave fortemente critica, cfr. C. VALLI, F. HAMMAMI, *Introducing Business Improvement Districts (BIDs) in Sweden: A social justice appraisal*, in *European Urban and Regional Studies*, 2/2021, 155 ss.; Nella stessa linea di pensiero, con riguardo alla diffusione dell'istituto nel contesto danese, cfr. M. RICHNER, K. OLESEN, *Towards business improvement districts in Denmark: Translating a neoliberal urban intervention model into the Nordic context*, *ivi*, 2/2019, 158 ss. In generale sulla diffusione geografica del modello cfr. E. PEIROUX, R. PÜTZ, G. GLASZE, *Business Improvement Districts (BIDs): the internationalization and contextualization of a 'travelling concept'*, in *European Urban and Regional Studies*, 2011, 1 ss.

⁴⁴ Cfr. J. KERSTEN, *Business Improvement Districts in der Bundesrepublik Deutschland – Urban Governance zwischen privater Initiative und staatlichem Zwang*, in *Zeitschrift für Umwelt- und Planungsrecht*, 4/2007, 121 ss. Y. ÇEVİRİM, *Housing Improvement Districts. Nachhaltige Stadtentwicklung durch private Initiative und Staatliche Gewährleistung*, Mohr Siebeck, 2023.

⁴⁵ Sull'esperienza pilota di *Steilsboop* cfr. l'Étude de cas Le Neighborhood Improvement District (Hambourg) reperibile in www.lafabriquedelacite.com, nonché *ivi* lo studio *De la co-construction de la ville. Projet collectif réalisé pour La Fabrique de la Cité. Master Stratégies Territoriales et Urbaines de Sciences Po*, giugno 2013.

prio parlare dei “proprietari attivi”, sicché l’ambito d’intervento dell’istituto si configura pur sempre come una “comunità di interessi”⁴⁶.

2.2. *Régie de quartiers; community gardening e jardins partagés; green communities; contrats de rivière; Community Benefit Agreements; self-help housing; co-housing e habitat participatif; community right to reclaim land; right to contest; compulsory purchase for communities; neighbourhood development plans*

Interessante l’esperienza delle *Régie de quartiers* – sorte nel contesto francese, ma ramificatesi successivamente in una rete internazionale – e anche delle *Régie de Territoires*, relative a territori rurali o peri-urbani; le *Régie de quartiers* sono apparse per la prima volta negli anni Ottanta, quando, nel contesto di un progetto di ristrutturazione urbana e di recupero di isolati insalubri a Roubaix, gli abitanti propongono, insieme ad alcune associazioni, l’effettuazione diretta di piccoli lavori in un determinato quartiere.

Si tratta di “imprese territoriali” che, nascendo dal partenariato tra municipalità, gestori di alloggi pubblici e associazioni di abitanti della zona interessata⁴⁷, prendono parte alla gestione della città, ma la cifra identificativa del loro impegno consiste precisamente nella *implication des habitants*⁴⁸, tale da farle percepire come delle *associations de responsabilité populaire*⁴⁹, o, per usare le parole del Manifesto dell’Associazione Europea delle “*Régie de Quartier*”, uno «strumento di autoregolazione sociale».

Veri e propri «enzimi tangibili di cittadinanza attiva» appaiono le esperienze di *community gardening*⁵⁰ o dei *jardins partagés* francesi («gestiti da associazioni di quartiere, preesistenti o create *ad hoc* sulla base di un’idea

⁴⁶ Per quest’ordine di considerazioni cfr. nuovamente l’*Étude de cas* citato alla nota precedente, specie 19.

⁴⁷ G. LAINO, *Il fuoco nel cuore e il diavolo in corpo. La partecipazione come attivazione sociale*, Milano, 2012, 30.

⁴⁸ Così M. HATZFELD, *Tisser le lien social, Guide méthodologique et pratique des Régie de quartier*, Paris, 2002, 25. Cfr., inoltre, C. BRÉAUD, *Les régies de quartier et de territoire, « au cœur du lien civil ordinaire »*, in *L’économie solidaire en mouvement*, sous la direction de J. COMBES, B. LASNIER et J.-L. LAVILLE, Toulouse, 2022, 78 ss.; D. TESTELIN, *Les Régies de quartier et les Régies de territoire : des projets au service des habitants*, in *POUR*, gennaio 2011, 133 ss.

⁴⁹ M. HATZFELD, *Tisser le lien social*, cit., 19.

⁵⁰ In argomento cfr. di recente D. BIERI, N. JOSHI, W. WENDE, F. KLEINSCHROTH, *Increasing demand for urban community gardening before, during and after the COVID-19 pandemic*, in *Urban Forestry & Urban Greening*, February 2024, 128206.

partita dai cittadini o dai consigli di quartiere, talvolta su sollecitazioni delle singole Municipalità»⁵¹), in grado di «innovare la programmazione e la progettazione degli spazi pubblici nella città contemporanea»⁵², specie di quegli «spazi pubblici ibridi» in zone dimenticate e in attesa di futuro utilizzo, o *vacant lots*⁵³ (in alcuni casi «si tratta di una destinazione temporanea nelle more di una costruzione già programmata o di un'assegnazione successiva del sito, veri e propri giardini effimeri»⁵⁴).

Sono caratterizzati da un'origine dal basso e secondo una relazione bidirezionale, per cui «se da una parte serve una comunità per costruire un giardino, dall'altra è il giardino stesso a favorire la costruzione della comunità [...]»⁵⁵.

Differisce, a dispetto del nome, dalla realtà italiana la realtà statunitense delle *green communities*: qui agli abitanti è consentito recintare i “vicoli” (*alleys*), spazi verdi adiacenti alle loro proprietà, cortili o terreni urbani non utilizzati o comunque tendenzialmente liberi da vincoli, messi in comune o gestiti congiuntamente in modo da recuperare aree in disuso, ottenendo benefici in termini ambientali e di rigenerazione urbana⁵⁶.

Un istituto di valorizzazione delle comunità che sembra trascendere la “mera” partecipazione in direzione, almeno nelle sue espressioni più compiute, di una più corposa co-amministrazione⁵⁷, in questo caso della

⁵¹ M. CAGGIANO, *Les Jardins partagés a Parigi: la campagna in città*, in *www.sociologiadelterritorio.it*, 2.

⁵² A. UTTARO, *Dove si coltiva la città. Community gardening e riattivazione di spazi urbani*, in *Sociologia urbana e rurale*, 98, 2012, 23.

⁵³ M. C. ZERBI, “Coltiviamo la città”: dagli orti operai ai giardini condivisi, in *Rinverdiamo la città*, a cura di M. A. BREA – M. C. ZERBI, Torino, 2013, 45, a proposito dell'evoluzione dell'esperienza di New York. In tema cfr. P. I. MILBOURNE, *Growing public spaces in the city: Community gardening and the making of new urban environments of publicness*, in *Urban Studies*, 2021, Vol. 58(14) 2901 ss.

⁵⁴ M. CAGGIANO, *Les Jardins partagés a Parigi*, cit., 3.

⁵⁵ A. UTTARO, *Dove si coltiva la città*, cit., 19, con richiamo a J. HOU – J. M. JOHNSON – L. J. LAWSON, *Greening cities, growing communities: learning from Seattle's urban community gardens*, Seattle & London, 2009.

⁵⁶ A. DI CAGNO, *Le green communities: spunti per una ricostruzione giuridica e prospettive di attuazione tra pubblico e privato*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 1/2022, 6; F. TUFARELLI, *Green community*, pubblicato il 18 aprile 2020 sul sito *www.treccani.it*. Si tratta di realtà consacrata in un progetto pilota lanciato nel 2007 nella città di Baltimora: cfr. la *Gating and Greening Alleys ORDINANCE (Baltimore City Code Article 26, Subtitle 8A)*.

⁵⁷ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, 85-86.

risorsa idrica, è costituito dai *contrats de rivière* (ma anche *de lac, de baie, de nappe*), che, a partire dall'esperienza sviluppatasi in Francia negli anni Ottanta del secolo scorso⁵⁸, si sono diffusi in diversi stati europei⁵⁹ (in ambito extraeuropeo cfr. in particolare i *contrats de bassin canadesi*⁶⁰).

Essi offrono così la cornice giuridica per un rinnovato protagonismo di comunità territoriali, riferite generalmente ad un bacino o sottobacino fluviale, con la loro “coscienza di luogo”⁶¹ e la loro progettualità, nella valorizzazione dei rispettivi territori; forma di *réappropriation sociale de la rivière*, o «*réappropriation citoyenne de la rivière*»⁶², nel contesto di processi di *river restoration*⁶³.

Un ulteriore tipo di comunità, che è stata più precisamente e restrittivamente definita una “*project collectivity*”⁶⁴, è oggetto di un altro strumento di valorizzazione costituito dai *Community Benefit Agreements* statunitensi. Si tratta di accordi privatistici tra un promotore immobiliare (*developer*) ed una “coalizione comunitaria”, composta da associazioni di quartiere,

⁵⁸ Cfr. M. BASTIANI, *Dalla valorizzazione degli ambiti fluviali ai contratti di fiume*, in ID. (a cura di), *Contratti di fiume. Pianificazione strategica e partecipata dei bacini idrografici. Approcci – Esperienze – Casi studio*, Palermo, 2011, 13. Cfr. inoltre A. BRUN, *Les contrats de rivière en France: un outil de gestion concertée de la ressource en local*, in G. SCHNEIER-MADAMES (dir.), *L'eau mondialisée. La gouvernance en question*, Paris, 2010, pp. 305 ss.; ID., *Les contrats de rivière en France: enjeux, acteurs et territoires*, in *Les Cahiers de droit*, 3-4/2010, 679 ss.

⁵⁹ M. L. SCADUTO, *River Contracts and Integrated Water Management in Europe*, Cham, 2016, 19-20.

⁶⁰ C. CHOQUETTE – B. CÔTÉ, *Réflexion sur la nature normative des contrats de bassin au Québec*, in *Les Cahiers de droit*, 4/2006, 755 ss. (reperibile online al sito www.erudit.org).

⁶¹ Cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche*, cit., XXV e 73, ove il richiamo in proposito a C. SALONE, *Politiche territoriali. L'azione collettiva nella dimensione territoriale*, Torino, 2005 e a S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, 2003. In tema cfr., inoltre, A. MAGNAGHI, *Il progetto locale. Verso la coscienza di luogo*, Torino, 2010, 133.

⁶² Così F. ROSILLON, *Eau et territoire à travers l'expérience des contrats de rivière en Wallonie (Belgique)*, in *Territoire en mouvement Revue de géographie et aménagement [En ligne]*, 25-26/2015, 8-9.

⁶³ Si tratta, secondo E. BOSCOLO, *Le politiche idriche*, 68, di «espressione pressoché intraducibile», talché «in italiano potremmo parlare (stipulativamente) di riqualificazione dei corpi idrici», con riferimento quindi anche a laghi, etc.

⁶⁴ L. B. JANSSEN-JANSEN, M. VAN DER VEEN, *Contracting communities: Conceptualizing Community Benefits Agreements to improve citizen involvement in urban development projects*, in *Environment and Planning A*, 1/ 2017, 209-210, ove si sostiene che «*collectivity is the collection of people brought together by the projects*» e che pertanto il termine *project “collectivity”* è collegato al concetto di *community*, «*but it is more specific and it relates to a given development projects*».

organizzazioni religiose, che vi fanno appello come ad uno strumento per scopi di giustizia sociale, sindacati, gruppi ambientalisti ed altri rappresentanti degli interessi della popolazione che risulterà coinvolta dal progetto di trasformazione urbanistica proposto dall'operatore economico⁶⁵. Si consente così alla comunità di esercitare un ruolo più significativo nelle procedure relative all'uso del suolo, consegnando ad essa una modalità più diretta ed efficace «*to shape their neighborhood's developments*»⁶⁶ e si assicura la presenza di «attori urbani diversi dal mercato», segnatamente ove rappresentativi di gruppi sociali ed etnici marginali, nella prospettiva di realizzare una *città giusta*⁶⁷.

Nella galassia di figure riconducibili sotto l'*umbrella term* di *collaborative housing*, o di *community-led housing*, una forma organizzativa che presenta particolare interesse è costituita dal *self-help housing*.

Nella più matura esperienza anglosassone⁶⁸ i gruppi promotori del *self-help housing* negoziano con i proprietari degli immobili vacanti circa l'uso cui destinarli e si organizzano per effettuare le riparazioni necessarie a renderli abitabili. Gli immobili, che possono appartenere a privati, *housing associations*, autorità locali o altri *public bodies*, versano in situazione di vacanza o perché in attesa di vendita o restauro, o perché in attesa che si concretizzi la loro destinazione ad altri usi (ad es. a scuole, ospedali, altri edifici pubblici, nuove infrastrutture viarie), mentre i gruppi interessati a ricorrere alla formula in questione sono normalmente costituiti da

⁶⁵ Cfr. D.A. MARCELLO, *Community Benefit Agreements: New Vehicle for Investment in America's Neighborhoods*, in *The Urban Lawyer*, 39, 2007, 657-658, con richiamo a J. GROSS, G. LEROY & M. JANIS-APARICIO, *Community Benefits Agreements: Making Development Projects Accountable*, 2005, reperibile in www.communitybenefits.org.

⁶⁶ V. BEEN, *Community Benefit Agreements: a new local government tool or another variation on the exactions theme?*, Draft, June 15, 2009. Secondo C. IAIONE, *La città collaborativa: la governance dei beni comuni per l'urbanistica collaborata e collaborativa*, in *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, a cura di E. FONTANARI, G. PIPERATA, Bologna, 2017, 96, nei CBA la comunità viene considerata «come uno degli interlocutori fondamentali senza il quale la pianificazione urbanistica non può essere esercitata», per modo che il piano diviene «patto multilaterale che deve essere negoziato anche con la comunità», non più relegata pertanto «a soggetto terzo da consultare attraverso strumenti di partecipazione», ma interlocutore che «si siede al tavolo insieme ai privati e alle istituzioni».

⁶⁷ A. COPPOLA, *Contrattare la città giusta. L'esperienza dei Community Benefit Agreements negli Stati Uniti*, in *Planum. The Journal of Urbanism*, n. 25, vol. 2/2012, 1 ss.

⁶⁸ D. MULLINS, *Achieving policy recognition for community-based housing solutions: the case of self-help housing in England*, in *International Journal of Housing Policy*, 2018, 143 ss.

soggetti che non possono conseguire una casa sul mercato e che al contempo non potrebbero accedere ad una locazione permanente da parte delle autorità locali o delle *housing associations* (come *single*, coppie, giovani, rifugiati, etc.).

La figura in esame presenta qualche assonanza, nella realtà italiana, con due modelli, quello del «riconoscimento» (riferito ad es. a occupazioni di beni «che si protraggono nel tempo senza che il legittimo titolare del bene, privato o pubblico, ne rivendichi il possesso») e soprattutto quello del «riuso di beni in transizione» (riferito invece all'uso temporaneo di tali beni assegnato ad associazioni di cittadini affinché ne garantiscano l'utilità a fini generali prima che si esauriscano le procedure formali di privatizzazione di beni pubblici o relative a beni confiscati alla criminalità organizzata), modelli che recente dottrina ha ricondotto nell'alveo delle espressioni di un diritto "informale"⁶⁹.

Nell'esperienza del *co-housing* troviamo insediamenti abitativi dalle dimensioni generalmente contenute⁷⁰, caratterizzati, fra l'altro, da forme ricorrenti di "auto-organizzazione e partecipazione", sia in riferimento alla fase costitutiva della comunità che a quella della sua successiva gestione, che possono estendersi alla stessa progettazione dell'insediamento⁷¹, così che la comunità possa dire la sua a partire dalla formulazione dello stesso impianto architettonico abitativo⁷².

Essi beneficiano, soprattutto nel contesto nord-europeo, di forme dirette ed indirette di supporto da parte delle istituzioni, ancorché agli occhi dei loro critici, essi appaiano in bilico tra la realizzazione di "comunità viventi", secondo l'etimologia che compare nella pionieristica espe-

⁶⁹ F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, cit., 41 e 45.

⁷⁰ V. BAGLIONE, F. CHIODELLI, *Esperienze di cohousing a Milano e Torino*, in *La città intraprendente. Comunità contrattuali e sussidiarietà orizzontale*, a cura di G. BRUNETTA, S. MORONI, Roma, 2011, 33-34.

⁷¹ F. CHIODELLI, *Enclaves private a carattere residenziale: il caso del «cohousing»*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 1/2010, 95 ss. In tema da ultimo F. BIANCHI, & G. COSTA, *Living together as a solidarity and generative practice: the case of co-housing and organized cohabitations*, in *International Review of Sociology*, 1/2024, 110 ss.

⁷² Come osserva M. L. RUIU, *Differences between Cohousing and Gated Communities. A Literature Review*, in *Sociological Inquiry*, 2/2014, 322, rifacendosi a J. WILLIAMS, *Designing Neighbourhoods for Social Interaction: The Case of Cohousing*, in *Journal of Urban Design*, 2/2005, 195 ss. e a H. JARVIS, *Saving Space, Sharing Time: Integrated Infrastructures of Daily Life in Cohousing*, in *Environment and Planning*, 43, 2011, 560 ss.

rienza danese (*boefælleskaber*)⁷³, ed i rischi in termini di chiusura ed auto-segregazione dal territorio, in conseguenza della connaturata ricerca di un vicinato elettivo, di una comunità più coesa mediante una “auto-selezione dei residenti”.

Nel contesto specifico della rigenerazione ricordo che la normativa francese sull’*habitat participatif* ne riconosce il ruolo in partenariato con i vari attori che operano «*en faveur de l’amélioration et de la réhabilitation*» del patrimonio immobiliare esistente pubblico o privato⁷⁴; potrei richiamare inoltre gli esempi della riqualificazione, ad opera della cooperativa *La Borda*, del vecchio sito industriale di Can Batllò, un quartiere in Barcellona⁷⁵, o il progetto “*E-Co-Housing – Co-creating a Regenerative Housing Project Together with the Community*” nel distretto di Zuglò a Budapest.

Vorrei ricordare, per finire, alcuni istituti contemplati nell’ordinamento inglese quali il *community right to reclaim land*, per il recupero ad un uso produttivo a beneficio della comunità di terreni ed edifici *in mano pubblica* inutilizzati o sottoutilizzati⁷⁶; il *right to contest*, in virtù del quale la richiesta di vendita può riguardare anche beni che si assumono suscettibili di un miglior utilizzo economico⁷⁷; il *compulsory purchase for communities* che consente alle stesse di sollecitare l’espropriazione di *community assets* che risultino a rischio di perdita a detrimento di quella comunità, in caso di indisponibilità del proprietario alla vendita (ma si vedano anche le corrispondenti previsioni scozzesi circa il *community right to buy* avente ad

⁷³ Per la precisazione in oggetto cfr. V. BAGLIONE, F. CHIODELLI, *Esperienze di cohousing*, cit., 41, ove si attribuisce la traduzione a K. McCAMANT, C. DURRETT, *Cohousing: A Contemporary Approach to Housing Ourselves*, Berkeley, CA, 2007.

⁷⁴ Così nell’articolo 200-1 del *Code de la construction et de l’habitation*, inserito dalla *Loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l’accès au logement et un urbanisme rénové (Loi ALUR)*. In tema da ultimo P. DUARTE, *L’habitat participatif : une (quasi) communauté d’habitat*, in *L’Encyclopédie des communautés et pratiques communautaires*, sous la direction de M. CLÉMENT-FONTAINE; G. GIDROL-MISTRAL, Université Paris-Saclay, 2025, 229 ss.; Y. EMERICH, *Cohabitat et habitat participatif : perspective comparative sur des modes alternatifs du vivre ensemble*, ivi, 243 ss.

⁷⁵ Cfr. E. CABRÉ, A. ANDRÉS, *La Borda: a case study on the implementation of cooperative housing in Catalonia*, in *International Journal of Housing Policy*, 3/2018, 412 ss. Cenni al modello in C. IAIONE, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, cit., 453.

⁷⁶ Cfr. il documento *Empowering communities: making the most of local assets*, edito nel settembre 2012 dalla *Local Government Association* e reperibile online.

⁷⁷ Questi due istituti son stati oggetto di un tentativo di rivitalizzazione attraverso la creazione di un nuovo *right to regenerate*.

oggetto *abandoned, neglected or detrimental land* e il *right to buy land for further sustainable development*).

Nel contesto del *neighbourhood planning*, o “pianificazione di quartiere” inglese si possono poi ricordare i *neighbourhood development plans*, i quali offrono alle comunità locali l’opportunità di interloquire nel guidare e dare forma allo sviluppo auspicato di una determinata area e vedono tra i protagonisti (generalmente nelle aree urbane) il *neighbourhood forum*, organizzazione radicata nella comunità locale⁷⁸.

Il fenomeno in esame segna, almeno tendenzialmente, il passaggio da una forma di coinvolgimento delle comunità mediante una mera consultazione da parte dei *Local Councils*, che le relegava a semplici spettatrici, ad un meccanismo di *empowerment* delle stesse che mette in risalto la progettualità locale e l’autorganizzazione delle persone⁷⁹.

3. Parte II. Le esperienze italiane

3.1. *Imprese di comunità; fondazioni di comunità; Community Land Trusts; contratti di fiume; community-based monitoring; contratti territoriali, contratti e accordi di foresta; associazioni fondiarie; green communities; comunità del bosco; giardini condivisi, o di comunità*

In modo simmetrico rispetto alle *community enterprises*, si prenderà avvio dalla realtà delle *imprese di comunità*, nell’ampia famiglia delle *imprese sociali*⁸⁰, segnatamente nella loro declinazione di *cooperative di comunità*.

⁷⁸ Come indica *Department for Communities and Local Government, A plain English guide to Localism Act*, novembre 2011, London, DLCCG, 12, «[n]eighbourhood planning will allow communities, both residents, employees and business, to come together through a local parish council or neighbourhood forum and say where they think new houses, businesses and shops should go – and what they should look like». Per un recente bilancio dell’istituto in relazione alla problematica dell’*housing* cfr. K. SALTER, G. PARKER, M. WARGENT, *Localism and the will to housing: neighbourhood development plans and their role in local housing site delivery in England*, in *Planning Practice & Research*, issue 2/2023, 253 ss.

⁷⁹ L. COSSA, *Quartieri in gioco. Localism Act e attivazione locale, un dialogo tra Londra e Milano*, tesi di Dottorato di ricerca; Politecnico di Milano, 2014. In tema cfr. più di recente P. SENDRA, *Community-Led Social Housing Regeneration: From Government-Led Programmes to Community Initiatives*, in J. CLARK N. WISE (eds.), *Urban Renewal, Community and Participation. Theory, Policy and Practice*, Springer, 2018, 78 ss.

⁸⁰ A. BERNARDONI, M. COSSIGNANI, D. PAPI, A. PICCIOTTI, *Il ruolo delle imprese sociali e*

Al centro di tali fattispecie vi è la riscoperta del ruolo produttivo dei cittadini organizzati⁸¹, la capacità di attivare la cittadinanza di una località, le sue risorse e i suoi capitali “dormienti”, facendola diventare imprenditrice per la rigenerazione di un territorio⁸².

Il loro operato produce naturalmente trasformazione urbana nel senso che la loro azione si definisce in un campo che coincide con un contesto territoriale e non con un servizio da erogare⁸³.

Non è un caso poi che 2 imprese su 3 nascano in aree interne caratterizzate da spopolamento o in aree decentrate rispetto ai centri urbani in condizioni di marginalità.

Due recenti casi segnalati da un Report EURICSE (*European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises*) del 2024 rappresentano un esempio di come tali imprese possano contribuire alla rigenerazione urbana, riattivando spazi e comunità: una si attiva in tre piccoli comuni del Cadore, fra l'altro, per riaprire l'unico negozio di prossimità presente (in analogia con i *community shops* ricordati a proposito dell'esperienza delle *community enterprises* inglesi); un'altra affronta la sfida dei vuoti urbani in un quartiere periferico di Catania con problemi legati all'abbandono degli immobili e alla diffusione dell'abitare informale da parte della popolazione a rischio di esclusione⁸⁴.

Un'altra soluzione di valorizzazione delle comunità è offerta dal modello fondazionale, ma specificamente nella declinazione delle *fondazioni di comunità* – sulla scia delle *community foundations* americane e delle *Bürger-stiftungen* tedesche – variante o tipologia particolare delle *fondazioni di partecipazione*, che si configura come una “istituzione della comunità” nel senso che «dalla comunità assume risorse e deleghe e alla comunità

delle organizzazioni del terzo settore nei processi di rigenerazione urbana, in *Rivista Impresa sociale*, 3/2021.

⁸¹ Così il Libro bianco *La cooperazione di comunità. Azioni e politiche per consolidare le pratiche e sbloccare il potenziale di imprenditoria comunitaria*, Euricse, Trento, aprile 2016, 11.

⁸² F. BANDINI, R. MEDEI, C. TRAVAGLINI, *Territorio e persone come risorse: le cooperative di comunità*, in *Rivista impresa sociale*, 5/09-2015, 31.

⁸³ C. CALVARESI, C. PACCHI, D. ZANONI, *Innovazione dal basso e imprese di comunità*, in *Rivista Impresa Sociale*, 5/09-2015, 45.

⁸⁴ Sul ruolo delle cooperative di comunità nei processi di rigenerazione cfr. di recente D. SALADINO, *Rigenerazione socioeconomica nei territori interni: le cooperative di comunità e le politiche place-based*, in *Progettare Nel Disordine – Progettare Il Disordine. Riordinare Le Fragilità Urbane*, a cura di C. PISANO; G. DE LUCA, Roma, 2024, 94 ss.

distribuisce risorse e servizi»⁸⁵, legate dunque «a singoli e ben definiti territori»⁸⁶. Anche tali fondazioni si dedicano alla cura e rigenerazione dei beni comuni, come nel caso degli interventi avviati da talune delle fondazioni di comunità gemmate dalla Fondazione CARIPLO⁸⁷, o del progetto relativo ai Quartieri Spagnoli di Napoli della Fondazione Quartieri Spagnoli onlus⁸⁸.

Si sta avviando in Italia anche il ricorso al modello del *Community Land Trust*, al quale ha fatto ad esempio riferimento il *Regolamento comunale per la partecipazione nel governo e nella cura dei beni comuni* approvato nel novembre 2014 dalla Città di Chieri e ispirato da uno dei principali teorici italiani della dottrina dei *commons*⁸⁹. Essi vengono definiti come «trasferimenti di proprietà vincolati al perseguimento permanente di scopi legati all'interesse di una comunità di riferimento ed amministrata nell'interesse della medesima in modo aperto e partecipato» (cfr. art. 4, lett. p).

Il primo esempio di realizzazione è stato costituito dalla *Fondazione Community Land Trust – Terreno Comune ETS*, configurata come Fondazione di Partecipazione iscritta al RUNTS (Registro Unico Nazionale del Terzo Settore), con l'obiettivo di creare opportunità abitative nell'area di

⁸⁵ A. LABOR, *L'organizzazione dei beni culturali alla prova delle riforme. Nuove sinergie per la gestione museale*, in *AEDON*, 3/2017.

⁸⁶ S. BOLCHI, *Sussidiarietà e Fondazione per il Sud: una innovazione socio-economica*, Milano, 2008, 34. In tema cfr. G. TOMEL, *Welfare di comunità. Potenzialità e ambivalenze dei modelli di mutualità territoriale*, in *Lavoro e diritto*, 3/2024, 413 ss., specie 428 ss.; P. MESSINA, A. BERMOND, D. MORO, *Innovazione istituzionale per lo sviluppo locale sostenibile: i contributi delle cooperative di comunità e delle fondazioni di comunità*, in *Regional Studies and Local Development* (Oct. 2024), 3 ss.

⁸⁷ Queste sono infatti impegnate, a partire dal 2016, sul tema delle “cura dei beni comuni”, segnatamente su interventi di co-progettazione e cogestione pubblico-privata per il recupero, la trasformazione e la rigenerazione dei medesimi (cfr. *Fondazioni di comunità L'esperienza di Fondazione Cariplo*, a cura di L. BANDERA, G. P. BARBETTA, S. CIMA, F. PETROLATI, Collana “*Quaderni dell'Osservatorio*” n. 31, Anno 2019, 38-40).

⁸⁸ Si tratta, come si legge sul sito di Assifero (Associazione Italiana Fondazioni ed Enti Filantropici), di un progetto promosso e realizzato da imprese e privati, avviato nel 2013, che «può essere in parte paragonato alle esperienze di rigenerazione del quartiere Bijlmermeer di Amsterdam, del Quartier21 di Vienna, del Centquatre di Parigi», ma si differenzia dagli omologhi europei per la circostanza di essere «promosso e realizzato interamente su iniziativa e con risorse private».

⁸⁹ Il riferimento è ad Ugo Mattei, all'epoca vice-sindaco della città ed estensore del Regolamento.

Porta Palazzo – Aurora a Torino e che ha tra i propri fondatori la *Fondazione di Comunità Porta Palazzo*⁹⁰.

Sempre in modo simmetrico alle esperienze straniere altra forma di valorizzazione è rappresentata dai *contratti di fiume* che vedono le comunità protagoniste di una funzione di «riqualificazione condivisa dei corpi idrici»⁹¹ (ad esempio la L.R. del Friuli 29 aprile 2015, n. 11, espressamente finalizza l'istituto «ad attuare la riqualificazione ambientale e la rigenerazione socio-economica dei sistemi fluviali»). La comunità, s'è detto, elabora gradualmente una visione condivisa, nella quale emergono anche conflitti, interessi, vocazioni territoriali⁹².

Presenta punti di tangenza con l'esperienza dei contratti di fiume il monitoraggio “civico” ambientale, o «*community-based monitoring*» da parte di «comunità monitoranti»⁹³. Esso segna il passaggio al nuovo «paradigma del Cittadino Sentinella», nozione che può essere affiancata a quelle di scienza civica e rilevamento civico, ma con «una maggiore attenzione all'impegno e alla mobilitazione da parte di tutta la comunità», sottolineandosi così proprio la dimensione politica del monitoraggio civico⁹⁴.

⁹⁰ Il caso è descritto da A. COUVERT, *Community Land Trust – Terreno Comune ETS: una pratica di investimento solidale e autogestito*, pubblicato il 16 luglio 2024 su www.labsus.org.

⁹¹ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche*, 75.

⁹² In argomento cfr. di recente V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *federalismi.it*, 23/2023, 162 ss.; D. D'ORSOGNA e S. S. SCOCA, *Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume*, in *Nuove Autonomie*, 2/2023, 461 ss.; S. MATTEOLI, *La difesa del suolo e i contratti di fiume*, in *Diritto forestale e transizione ambientale*, a cura di N. FERRUCCI, M. BROCCA, Torino, 2025, 325 ss.; M. BASTIANI, *Il contributo dei Contratti di fiume alle strategie di adattamento climatico e di sviluppo sostenibile*, in *Urbanistica Informazioni*, n. 314, 2024; G. BERUTTI, E. COPPOLA, *Il ruolo dei Contratti di fiume nella costruzione di necessarie politiche dell'acqua*, *ivi*.

⁹³ Cfr. L. MUSSELLI, *La partecipazione pubblica all'attività amministrativa: il caso del monitoraggio civico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2024, 16, la quale dà conto di sperimentazioni di monitoraggio ambientale di carattere fortemente partecipativo svolte dai cittadini con il coordinamento dall'associazione A sud con riferimento ai fiumi Tevere e Aniene (*ivi*, 22).

⁹⁴ Così A. BERTI SUMAN, M. PECA, L. GREYL, L. GRECO, P. CARSETTI, *Il “Paradigma del Cittadino Sentinella” per favorire una transizione urbana. Cosa ci insegna il monitoraggio civico ambientale a Roma*, in *RQDA – Opinioni e segnalazioni* – 1/2023, 361. Si osserva ancora (*ivi*, 377), come il monitoraggio civico rappresenti un efficace sistema di allerta “precoce” (*early warning*) per segnalare anomalie e fattori di rischio ambientale alle autorità e come la produzione di conoscenza “dal basso” possa «contribuire alla ridefinizione del futuro di una comunità».

Anche i c.d. *contratti territoriali* – sulla scorta dei *contrats territoriaux d'exploitation* (poi seguiti dai *contrats d'agriculture durable* e successive formulazioni) propri della esperienza francese – regolati dall'art. 15 del d.lg. 18 maggio 2001, n. 228, nonché i *contratti di foresta* previsti da alcune normative regionali⁹⁵ e gli *accordi di foresta ex art. 35-bis* del d.l. del 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. decreto *governance* e semplificazioni, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, che li aggancia al contratto di rete⁹⁶), sono istituti che vedono il contributo delle comunità rurali e montane che vogliono puntare alla valorizzazione dei propri territori (anche se, con riguardo agli accordi di foresta, si è osservato che essi possono «identificarsi in una “comunità” composta però dai soli soggetti titolari del diritto di proprietà o di un altro diritto reale o personale di godimento su beni agro-silvo-pastorali, e quindi presente in un territorio forestale»)»⁹⁷. Sempre questi ultimi possono operare “*per il recupero funzionale e produttivo*”, fra l'altro, dei terreni abbandonati e dei terreni silenti (quelli cioè «*per i quali i proprietari non siano individuabili o reperibili a seguito di apposita istruttoria*»)»⁹⁸.

A questo proposito meritano attenzione anche le *associazioni fondiarie*, costituenti una forma innovativa di gestione collettiva del territorio, capace, pur tutelando gli stessi proprietari dei fondi, di superare gli interessi del singolo a vantaggio della comunità e pertanto idonea a contrastare alcuni fattori comunemente individuati come concause delle difficoltà nelle quali versano i territori montani e collinari (a partire dalla parcellizzazione delle proprietà) e in generale i terreni agricoli marginali, spingendo come noto al loro abbandono⁹⁹.

⁹⁵ In tema da ultimo M. FLICK, *I nuovi contratti per le foreste. Tra proprietà “speciale” e tutela costituzionale dell'ambiente*, Padova, 2024.

⁹⁶ L. DI SALVATORE, *La rigenerazione delle aree interne per la realizzazione di una transizione ecologica. Reti di imprese, foreste e “green jobs”*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 4/2022, 1068.

⁹⁷ A. DI CAGNO, *Le green communities*, cit., 24-25.

⁹⁸ Cfr. l'art. 3 del decreto legislativo 3 aprile 2018, n. 34 (*Testo unico in materia di foreste e filiere forestali*). In tema cfr. G. STRAMBI, *i terreni abbandonati e silenti. Forme di recupero*, in *Diritto forestale e transizione ambientale*, a cura di N. FERRUCCI, M. BROCCA, cit., 155 ss., ove anche richiami al ruolo delle Associazioni fondiarie su cui cfr. subito *infra*, nonché N. LUCIFERO, *L'associazionismo forestale e gli accordi di foresta*, ivi, 183 ss., ove pure richiami all'associazionismo fondiario.

⁹⁹ In argomento cfr. A. CAVALLERO, *L'Associazione fondiaria per rivitalizzare l'agricoltura in montagna*, in *PieMonti, Rivista Uncem Piemonte*, 1/2013, 25 ss.; A. CROSETTI, *Il difficile governo dei terreni montani in Italia: percorsi e sviluppi normativi*, in *Riv. giur. edil.*, 4/2017, 177 ss.; A. POVELLATO, F. VANNI, *Nuovi strumenti per le politiche fondiarie. Banca della terra e associazioni*

Interessante, in questa prospettiva l'esperienza, di cui dà conto la letteratura metagiuridica, delle «comunità di progetto», che rimandano al già richiamato concetto di *project collectivity*, e dei «progetti di comunità», due approcci distinti nello sviluppo comunitario accomunati dall'aver «come logica fondante la centralità delle comunità residenti nella loro funzione di cittadinanza attiva e nella loro condizione socio-produttiva»¹⁰⁰.

Il tema si lega a quello delle *green communities* – istituto attuativo di numerosi profili costituenti la *ratio* alla base dell'art. 44, comma 2, della Costituzione italiana¹⁰¹ – evocate, ma non meglio identificate, dalla laconica previsione dell'art. 72 del cd. “collegato ambientale” alla legge

fondiarie, in *Agriregionieuropa*, 49/2017; F. PASTORELLI, F. ELLENA, *L'associazione fondiaria, strumento per la gestione del frazionamento fondiario*, Torino, 2016; M. BROCCA, *Gli accordi di foresta*, in *Riv. giur. urb.*, 4/2021, 871 ss.; C. LOSAVIO, *Agricoltura e sussidiarietà orizzontale: le esperienze di cura e tutela del bene terra e il ruolo del legislatore regionale*, in *Diritto agroalimentare*, 1/2025, 71 ss., specie 83 ss. Va precisato che se le ASFO trovano un primo e parziale riconoscimento nella legislazione regionale, anche il Testo unico in materia di foreste e filiere forestali (d.lg. n. 34/2018, cit.) chiama le Regioni a promuovere l'associazionismo fondiario e il sostegno allo «sviluppo di forme di gestione associata delle proprietà forestali pubbliche e private» muove anche qui dalla necessità di un «recupero produttivo delle proprietà fondiarie frammentate e dei terreni abbandonati» (art. 2, comma 1, lett. c), come ricorda anche M. MAURO, *Sul rapporto tra pubblico e privato nella valorizzazione della multifunzionalità del patrimonio forestale italiano: profili evolutivi, nodi ermeneutici e criticità del settore*, in *Riv. Dir. agrario*, 4/2022, 531 ss., specie 547-548.

¹⁰⁰ S. BOZZATO, P. MAGISTRI, *Le “comunità di progetto” e i “progetti di comunità” per la rigenerazione territoriale delle aree interne e degli spazi marginali: i Monti Frentani e il medio Appennino*, in M. MEINI (a cura di), *Ricerca di terreno e montagne di mezzo: metodi, pratiche, discorsi. Società di Studi Geografici. Memorie geografiche*, 25/2024, 245, i quali precisano (ivi, 253) che le prime «si formano intorno a un obiettivo specifico o a un'iniziativa temporanea, coinvolgendo individui o gruppi che si uniscono per realizzare un determinato progetto o affrontare una specifica problematica», mentre «i progetti di comunità sono iniziative più ampie, sviluppate e implementate dalla comunità stessa per migliorare la qualità della vita locale, rispondere a bisogni specifici o promuovere il benessere collettivo nel lungo termine», coinvolgendo un'ampia gamma di *stakeholder* all'interno della comunità e mirando a promuovere il coinvolgimento attivo dei residenti. Un esempio delle prime è rappresentato dalle “comunità castanicole” (tenendo presente che «[l]a castanicoltura ha ricoperto fino ad un passato relativamente recente un ruolo non secondario nell'economia e nella vita delle popolazioni montane»), oggetto di analisi nello studio in parola (ivi, 245, nonché 252 ss.).

¹⁰¹ Profilo ripetutamente rimarcato nella recente monografia di A. MITROTTI, *Sentieri giuridici per le zone montane. Genealogia degli itinerari ad “alta quota” del diritto costituzionale e pubblico italiano*, Napoli, 2025.

finanziaria 2016¹⁰² e rilanciate nell'ambito della Missione 2 del PNRR¹⁰³ che le identifica come una “comunità”, “locale”, avente come campo di applicazione privilegiato quello delle “aree rurali e di montagna” e come scopo quello di promuovere un modello di sviluppo sostenibile e resiliente, specificamente nella gestione e valorizzazione delle risorse naturali¹⁰⁴, che apra anche ad «un nuovo rapporto sussidiario e di scambio con le comunità urbane e metropolitane» (comma 2 dell'art. 72 cit.)¹⁰⁵.

¹⁰² Legge 28 dicembre 2015, n. 221. In tema cfr. C. LOSAVIO, C. BUGIANI, C. CIPOLLONI, A. GENTILINI, *Il valore dei territori rurali e montani. Verso una strategia nazionale delle Green Community*, Rapporto di ricerca, ISSIRFA, 2017.

¹⁰³ Più precisamente si tratta dell'investimento 3.2 contemplato nella Componente 1 (*Economia Circolare ed Agricoltura Sostenibile*) della Missione 2 (*Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica*). Osserva invero A. MITROTTI, *Sentieri giuridici per le zone montane*, cit., 508-511, come l'attuazione delle *Green Communities* previste dalla legge del 2015 abbia «stentato a decollare a causa della scarsità delle risorse finanziarie necessarie per l'autonomo funzionamento dell'istituto», donde il carattere cruciale della “riscoperta” a opera del PNRR, che tuttavia presenta (pur preziose) capacità finanziarie limitate, «destinate inevitabilmente ad esaurirsi con la realizzazione dei 30 progetti che hanno vinto la procedura di selezione avviata con l'avviso bandito dal Dipartimento per gli affari Regionali e le Autonomie della Presidenza del Consiglio» a fronte di ben 179 candidature presentate. L'argomento della scarsità delle risorse sembra venire tuttavia successivamente ridimensionato, recuperando una potenziale capacità di autofinanziamento delle *Green Communities*, qualora le stesse «venissero impostate sulla valorizzazione delle (ricchissime) risorse montane e non sull'unica erogazione “esterna” di finanziamenti» (ivi, 532-533).

¹⁰⁴ A. DI CAGNO, *Le green communities*, cit., 8. In tema cfr. diffusamente A. MITROTTI, *Sentieri giuridici per le zone montane*, cit., specie pp. 502 ss., il quale mette altresì in luce la centralità del “cittadino montano” nella cornice normativa degli strumenti per le *Green Communities* (ivi, 589 ss.); cfr., inoltre, ID., *Le Green Communities tra forma e sostanza nell'ordinamento della Repubblica italiana*, in *Diritti Regionali*, 2/2024, 464 ss., nonché C. LOSAVIO, C. BUGIANI, C. CIPOLLONI, A. GENTILINI, “*Il valore dei territori rurali e montani*, cit.; F. LEONZIO, *Il contributo delle aree montane alla transizione ecologica ed il nuovo modello delle Green Communities*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 2/2023, 1 ss.

¹⁰⁵ Sulla necessità di «uscire da letture dicotomiche che contrappongono la città alla non città», in favore di «una nuova visione “metro-montana”, “metro-rurale”» cfr. L. DI SALVATORE, *La rigenerazione delle aree interne*, cit., 1071, con richiamo a F. BARBERA, *Cos'è la città metromontana, oltre il metropolitano e insieme alla montagna*, in *www.che-fare.com*, 5 maggio 2020; *Metromontagna. Un progetto per riabitare l'Italia*, a cura di F. BARBERA, A. DE ROSSI, Roma, 2021. Affermano la necessità di superare l'antinomia tra urbano e rurale tipica della contemporaneità e delle società industrializzate» S. BOZZATO, P. MAGISTRI, *Le “comunità di progetto*, cit., 245-246, i quali enfatizzano per contro quel proficuo «biunivoco ed osmotico rapporto città-campagna» caratteristico dei secoli pre-industrializzazione,

Un cenno merita, nel contesto del *community forestry* e di quello correlato della *forest community*, la figura della *comunità del bosco*¹⁰⁶, che ha fatto una recente comparsa nella legislazione toscana e ha trovato applicazione con la nascita della Comunità del Bosco del Monte Pisano, esempio di comunità resiliente in quanto sorta per prevenire il ripetersi del disastroso incendio boschivo del 2018 e definita come «*l'insieme dei soggetti pubblici e privati che, in accordo, provvedono alla gestione attiva di aree boschive*»¹⁰⁷; ulteriore cenno va fatto alla *urban forestry* o forestazione urbana intesa «nell'accezione stretta di creazione, recupero o ripristino di formazioni boschive in città»¹⁰⁸.

Anche nella realtà italiana si trovano poi i *giardini condivisi*, o di comunità caratterizzati dal *protagonismo* di tutti i cittadini, dalla presenza di un *progetto comune*, come fattore catalizzante, finalizzato al miglioramento del *quartiere*,

efficacemente esemplificando con un richiamo all'importanza avuta dal retroterra veneto, ed in particolare la coltivazione dei suoi boschi, per la Repubblica di Venezia e la sua flotta mercantile.

¹⁰⁶ In argomento cfr. M. BROCCA, *Gli accordi di foresta*, cit.

¹⁰⁷ Cfr. la L.R. Toscana, 20 marzo 2018, n. 11 (*Disposizioni in materia di gestione attiva del bosco e di prevenzione degli incendi boschivi*), che ha inserito l'art. 19-bis nella L.R. 21 marzo 2000, n. 39. Va segnalata anche la L. R. Toscana, 1 marzo 2022, n. 4, ai sensi della quale i beneficiari di contributi per la promozione delle attività produttive montane, nonché, in presenza di determinate condizioni, anche imprese agricole, micro e piccole imprese artigianali e commerciali non beneficiarie di tali contributi, possono stipulare un "Patto di comunità per la gestione attiva del bosco, la cura del territorio e per attività sociali".

¹⁰⁸ M. BROCCA, *Note in tema di verde urbano*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto*, 1/2021, 22: ID., *Il verde urbano*, in *Diritto forestale e transizione ambientale*, a cura di N. FERRUCCI, M. BROCCA, cit., 381 ss. Cfr. inoltre ID., *Nuove interazioni tra «città» e «ambiente»: i boschi urbani*, in *Società e diritti*, 15/2023, 210 ss., ove si enfatizza altresì la saldatura della forestazione urbana con la promozione del verde urbano nel quadro di una nozione allargata di rigenerazione urbana emergente dalla legislazione urbanistica regionale e la presenza di «iniziative volontarie di tipo progettuale, non di rado mediante forme di partenariato pubblico-privato (si pensi al recente progetto "Forestam", che vede il coinvolgimento di diversi attori, istituzionali e non, e prevede l'ambizioso progetto di piantare tre milioni di alberi nel territorio della Città metropolitana di Milano) [...]». In ordine ai "boschi vetusti" cfr. G. GARZIA, *La dimensione "multifunzionale" dei beni ambientali: i boschi vetusti (old growth forests)*, in *Queste istituzioni*, 1/2022, 132 ss., che rinvia nella *Regula* elaborata dagli eremiti di Camaldoli per la gestione della circostante foresta un esempio di «gestione attiva ma "sostenibile" del patrimonio naturale da parte di quella che oggi potremmo chiamare una "green community"»; in tema cfr. inoltre N. FERRUCCI, *Alberi e boschi vetusti monumentali*, in *Diritto forestale e transizione ambientale*, a cura di N. FERRUCCI, M. BROCCA, cit., 213 ss.

dalla *connotazione spontanea* del fenomeno, e dal *focus* su aree abbandonate e spesso degradate, nonché gli *orti urbani*¹⁰⁹, la cui creazione viene favorita «nelle aree urbane e periurbane, nei terreni adibiti a verde pubblico sottoutilizzati, nelle aree dismesse o inutilizzate e nei terreni da ripristinare attraverso interventi di rinaturazione», anche per avvicinare i cittadini alla realtà agricola «attraverso processi di autogestione del patrimonio comunale» (traggo queste definizioni dal Regolamento di cittadinanza attiva di Parma¹¹⁰).

3.2. *Comunità energetiche; comunità di eredità o di patrimonio; cultural planning; civic (o community) crowdfunding; co-housing; regolamenti municipali sull'amministrazione condivisa e riuso del patrimonio monastico (cenni); urban collaborative governance; pianificazione strategica comunitaria; piattaforme partecipative digitali*

La costituzione di *comunità energetiche* è certamente componente essenziale degli interventi di rigenerazione urbana¹¹¹, segnatamente in relazione

¹⁰⁹ F. CUSANO, *La rigenerazione urbana dal basso, tra teoria e prassi*, in *Rivista giuridica edil.*, 5/2024, 377 ss., specie 387-388; C. LOSAVIO, *Agricoltura e sussidiarietà orizzontale*, cit., 79 ss.; M. BERGAMASCHI, *Coltivare in città. Orti e giardini condivisi*, in *Sociologia urbana e rurale*, 2012, 7 ss.; R. INGERSOLL, B. FUCCI, M. SASSATELLI, *Agricoltura urbana: dagli orti spontanei all'agricivismo per la riqualificazione del paesaggio periurbano*, Regione Emilia-Romagna, 2007; G. ARENA e M. SORBELLO, *Gli orti urbani: resilienza, socialità e sostenibilità*, in *Humanities*, 21/2022, 1 ss.; C. POZZATO, P. GIARDULLO, *Orti urbani tra sostenibilità e partecipazione: un'esplorazione delle iniziative nei capoluoghi del Veneto*, in *Sociologia urbana e rurale*, 2024, 117 ss. In chiave antropologica cfr. G. MANGIAMELI, *Ristrutturazione delle pratiche e rigenerazione urbana. Un approccio antropologico*, in V. BINI, V. CAPOCEFALO, S. RINAURO (a cura di), *Geografia e ecologia politica: teorie, pratiche, discorsi*. Società di Studi Geografici. Memorie geografiche, 24/2024, pp. 583 ss.

¹¹⁰ Cfr. art. 17 del *Regolamento di cittadinanza attiva sulla promozione dell'impegno civico e sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani* (approvato nel 2015 e modificato nel 2018) secondo il quale «[i]l Comune di Parma annovera, tra gli interventi di rigenerazione urbana di estremo valore per la comunità» i giardini condivisi, gli orti comuni e la *Food Forest*.

¹¹¹ In tema cfr. C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *federalismi.it*, 29/2022, 111 ss. E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Dir. amm.*, 2/2023, 301 ss., specie 331 ss., sulle comunità energetiche come «comunità di pratica»; sulle differenti accezioni del concetto di «comunità» in questo specifico ambito cfr. G. CARROSI, *La comunità nelle comunità energetiche*, in *Parolechiave*, 2/2024, pp. 147 ss. Cfr., inoltre, A. AQUILI, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e*

alla riqualificazione edilizia e all'efficientamento energetico, ma anche come strumento di contrasto al crescente fenomeno della povertà energetica¹¹², e dunque in linea con quell'accezione "estesa" di rigenerazione dalla quale sono partito (un esempio può essere offerto dalla Comunità energetica di Brindisi e dalla riqualificazione di alcuni immobili in quartieri periferici della città, vicenda nella quale i cittadini hanno giocato un ruolo importante nelle decisioni pianificatorie).

Un altro profilo interessante del rapporto tra comunità e rigenerazione vede come protagoniste le *heritage communities* o *comunità di eredità* o *di patrimonio* previste dalla Convenzione di Faro del 2005¹¹³ (Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società), secondo la quale si tratterebbe di entità costituite «da persone che

contrattuali per le comunità energetiche, in *Munus*, 1/2024, 209 ss.; S. CARRARA, A. GIURICKOVIC DATO, M. LISANTI, M. MACCHIA, G. SFERRAZZO, *L'amministrazione sostenibile. Il modello delle comunità energetiche*, in *Amministrazioneincammino.it*, 1/2024, 1 ss.; C. IAIONE, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, cit., specie 457 ss., ove anche cenni alle "comunità energetiche rinnovabili e solidali" (CERS), ulteriore evoluzione del modello, ritenuta o «più aderente alla ratio legislativa originaria» (ivi, 461).

¹¹² Quest'ultima può essere intesa (secondo lo *European Commission, think tank on Energy poverty and vulnerable consumers in the energy sector across the EU: analysis of policies and measures*, 2021) come «the situation in which individuals or households are unable to adequately heat or provide other necessary energy services in their homes at an affordable costs». In tema cfr. G. DE MAIO, *Povertà energetica e comunità energetiche. Criticità e prospettive per una transizione giusta*, Napoli, 2024; A. DUDKA, N. MAGNANI, *Giustizia energetica e comunità energetiche rinnovabili: una relazione promettente*, in M. MARETTI, *Energia e mutamento sociale*, Milano, 2024, 111 ss.; L. SCUTO, *The development of a new model of urban regeneration in light of the digitalisation of public administration*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 3/2022, 67 ss.; 78 ss.; N. DELLAVALLE, V. CZAKO, *Empowering energy citizenship among the energy poor*, in *Energy Research & Social Science*, 89, 2022, 102654; L. DE VIDOVICH, L. TRICARICO e M. ZULIANELLO, *Community energy map. Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, Milano, 2021 112-114.

¹¹³ Da ultimo cfr. in tema S. CROBE, F. SCHILLECI, *La Convenzione di Faro come diritto al patrimonio culturale: comunità di pratiche e cura: prospettive per il ridisegno dei territori*, in A.M. COLAVITTI, F. SCHILLECI (a cura di), *Paesaggio e patrimonio culturale tra conservazione e valorizzazione*, Atti della XXV Conferenza Nazionale SIU "Transizioni, giustizia spaziale e progetto di territorio", Cagliari, 15-16 giugno 2023, Roma Milano: Planum publisher e Società Italiana degli Urbanisti, 2024, 71 ss.; D. SAVY, *La Convenzione di Faro e l'Utilizzo dell'eredità culturale per lo sviluppo territoriale sostenibile*. Intervento presentato al convegno L'eredità culturale come valore sociale – Patrimonio Flegreo Terra tra mito e fuoco tenutosi a Palazzo dell'Ostrichina, Parco Vanvitelliano del Fusaro, Bacoli (NA) il 16 novembre 2024.

attribuiscono valore a degli aspetti specifici del patrimonio culturale, che essi desiderano, nel quadro di un'azione pubblica, sostenere e trasmettere alle generazioni future» (art. 2, b): una definizione dalla quale discenderebbe una preferenza accordata alle conseguenti iniziative della popolazione locale nell'intraprendere azioni e progetti di recupero, ripristino e valorizzazione dei beni culturali del proprio territorio.

A titolo di esempio ricordo la comunità patrimoniale dei *Friends of Molo San Vincenzo*, nata nel 2015 con l'obiettivo di valorizzare la principale difesa foranea del Porto di Napoli, rimasta per molti anni in uno stato generale di abbandono e di chiusura e l'esperienza del piccolo Comune abruzzese di *Fontecchio*, ove, nel contesto della ricostruzione fisica e della rivitalizzazione sociale ed economica *post* terremoto del 2009, la comunità ha elaborato un proprio *Atlante dei Luoghi*, come raccolta comprensibile e condivisa delle diverse letture dell'identità locale, ed il proprio *Statuto dei Luoghi*¹¹⁴ recante le linee guida per lo sviluppo locale ispirate all'*Atlante*¹¹⁵, nonché la *Comunità del Parco Pubblico di Centocelle*, area archeologica alla periferia di Roma, proposta come «*urban experimentalism in social marginality area*»¹¹⁶.

Il contributo della cultura alla rigenerazione e allo sviluppo dei territori è del resto ampiamente evidenziato dalla dottrina¹¹⁷, al pari del valore

¹¹⁴ Su cui cfr. M. POLVANI, S. CIANCONE, *Uno "Statuto dei Luoghi" per Fontecchio. Esperimento di democrazia deliberativa in un Comune terremotato dell'Abruzzo*, in *Amministrazionecammino.it*, 12 maggio 2011, 6 ss.

¹¹⁵ Gli ultimi due esempi sono richiamati da V. DI CAPUA, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune*, in *Aedon*, 3/2021, specie 165 ss.

¹¹⁶ Cfr. il documento *The Faro Convention at work in Europe: selected examples*, pubblicato nell'agosto 2022 dal Consiglio di Europa, 85 ss.

¹¹⁷ Da ultimo, cfr.: con riguardo al riuso e valorizzazione del patrimonio culturale nelle aree interne (da intendersi come «i territori identificati nell'ambito della Strategia nazionale per le aree interne (SNAI)») C. VITALE, *Riuso e valorizzazione del patrimonio culturale nelle aree interne: profili giuridici*, Torino, 2024; riguardo ai centri storici C. ACOCELLA, *Percorsi sostenibili degli interventi di valorizzazione del patrimonio culturale nel segno del riuso e della rigenerazione: il caso dei centri storici*, Intervento al Convegno "Nuove frontiere della cultura: l'intelligenza artificiale". XIX edizione Colloqui Internazionali Ravello Lab, 24-26 ottobre 2024; con riguardo al patrimonio culturale digitale M.L. SICILIANO, *Il patrimonio culturale digitale. Le nuove frontiere della valorizzazione e fruizione nell'ottica dello sviluppo intergenerazionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2023, 457 ss.; con riguardo al patrimonio archeologico industriale S. GARDINI, *Valorizzazione e riuso del patrimonio archeologico industriale. Un'ipotesi di relazione tra economia circolare e beni culturali*, in *Il diritto dell'economia*, numero speciale 2023,

aggiunto arrecato dall'approccio *cultural planning*, come «strategia per promuovere attraverso le “espressioni” della comunità locale l'inclusione sociale»¹¹⁸. In questa prospettiva assume rilevanza anche la valorizzazione della *street art*¹¹⁹, il coinvolgimento dei *writers* per trasformare le aree urbane degradate in musei a cielo aperto e come mezzo per riappropriarsi della città¹²⁰.

Alla luce anche di quell'esempio di *crowdfunding* (espressione della cd. finanza ad impatto sociale) costituito dalle *community shares*, o azionariato di comunità – meccanismo utilizzato all'estero fra l'altro, per salvaguardare negozi locali e *pubs*, o per recuperare edifici storici¹²¹ – presentano interesse le prime esperienze in Italia di quel *civic* (o *community*) *crowdfunding*¹²² che, pur prevedendo un ruolo di intermediazione delle piattaforme digitali, a differenza delle altre forme di *crowdfunding* non si basa solo su “comunità virtuali”, ma essenzialmente su “comunità *offline*” formate da

63 ss. In generale, con riguardo al ruolo dell'impresa sociale, cfr. il Focus *Impresa sociale e cultura* nel n. 1/2025 della rivista *Impresa sociale*; R. FRANCESCHINELLI, *Spazi del possibile. I nuovi luoghi della cultura e le opportunità della rigenerazione*, Milano, 2021; M. MOSCATELLI, A. CAMPOSTRINI, A. MANZELLA, *Welfare per sognatori. Esperienze di rigenerazione sociale e urbana attraverso l'arte e la cultura*, Milano, 2021; A. BALDAZZINI, S. MICCOLIS, V. PICA, P. VENTURI, *L'orientamento alla comunità nella rigenerazione territoriale. Comunità, cultura e impatto sociale*, in *I quaderni dell'economia civile*, 2/2024, 7 ss.; B. ANDREATTI, M. CALLIARI, N. PIAZZA, *LucerLAB: collaborazioni socio culturali per un progetto di rigenerazione comunitaria*, in *Percorsi di Secondo Welfare*, 18 Aprile 2024; in chiave prettamente sociologica R. PALTRINIERI, *Arti performative, rigenerazione urbana e nuove cittadinanze*, in *Itinera*, 25/2023, 294 ss., la quale richiama altresì il concetto di “cittadinanza culturale” (ivi, 300).

¹¹⁸ M. D'ARIENZO, *Arte e rigenerazione urbana per la coesione, l'inclusione sociale, territoriale e culturale: verso un nuovo modello di sviluppo urbano?*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1/2025, 103.

¹¹⁹ Per il riconoscimento della *street art* come strumento di rigenerazione urbana cfr. anche recente giurisprudenza amministrativa (cfr. ad esempio Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2024, n. 5649, richiamato da M. D'ARIENZO, *Arte e rigenerazione urbana*, cit., 112).

¹²⁰ F. CUSANO, *La rigenerazione urbana dal basso*, cit., specie 386-387, ove si dà conto del progetto pilota *Urban Act*, sperimentato nella città di Roma, che ha inaugurato in Italia l'utilizzo dei modelli del c.d. “muro libero” e del c.d. “muro ball of fame”.

¹²¹ H. GRIFFITHS, *Civic Crowdfunding. A guidebook for local authorities*, Report di *Future Cities Catapult*, London, 2016, reperibile in www.futurecities.catapult.org.uk.

¹²² Sul *community crowdfunding* cfr. da ultimo C. VITALE, *Rinno e valorizzazione*, cit., 197 ss. In chiave più economica cfr. V. DE CRESCENZO, D. BOTELLA-CARRUBI, M. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Civic crowdfunding: A new opportunity for local governments*, in *Journal of Business Research*, 2021, 580 ss.

coloro che condividono un interesse nel progetto da finanziare¹²³, dando così voce a soggetti, segnatamente *stakeholders* locali, finora parzialmente estromessi dai sistemi formali di *governance* e teso dunque a favorire l'integrazione tra più soggetti nell'ambito dei processi decisionali pubblici volti al recupero e alla riqualificazione degli spazi urbani¹²⁴.

Qualche esempio di realizzazione: la ricostruzione della Città della Scienza di Napoli, distrutta come noto da un incendio doloso; il restauro del Portico di San Luca, luogo simbolo di Bologna; la riqualificazione della periferia di Sulmona; il programma lanciato nel maggio 2015 dal Comune di Milano nell'ambito del progetto Milano *Smart City*; la campagna "mini FabLab a Taranto vecchia" lanciata nel 2016 nel quadro dello sviluppo e della rigenerazione urbana¹²⁵.

Quanto alle esperienze di *co-housing*, ricordo la sperimentazione effettuata nel problematico quartiere di Porta Palazzo a Torino mediante la creazione, ad opera dei membri di un'associazione di promozione sociale, di un progetto caratterizzato per un ampio ricorso all'auto-organizzazione dei residenti, comprensiva di fasi di auto-recupero e auto-costruzione affidate ai *co-housers* e una finalizzazione altresì alla riqualificazione del territorio¹²⁶, o il caso del Villaggio Barona con un'attenzione a problemi di disagio sociale e finalizzato a riqualificare un'area dismessa nella periferia sud-ovest di Milano¹²⁷.

¹²³ In tal senso cfr. C. CHARBIT e G. DESMOULINS, *Civic Crowdfunding: A collective option for local public goods?*, OECD Regional Development Working Papers, 2017/02, OECD Publishing, Paris, 2017, 16. Cfr., inoltre, A. BAROLLO, D. CASTRATARO, *Il crowdfunding civico: una proposta*, 2012, consultabile in <http://issuu.com>, 6.

¹²⁴ A. TAFURO, G. DAMMACCO, *Il civic crowdfunding: potenzialità e limiti per la sua diffusione in Italia*, in *Azienda Pubblica*, 1/2015, 76.

¹²⁵ Per questi due ultimi esempi cfr. S. A. CAMELI, *Il civic crowdfunding e il futuro della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Public Management*, 1/2019, specie 26 ss.

¹²⁶ V. BAGLIONE, F. CHIODELLI, *Esperienze di cohousing*, cit., 38-41.

¹²⁷ M. L. RUIU, *Le nuove forme di «vicinato intenzionale»: il cohousing in Italia e in Inghilterra*, Tesi di dottorato in Scienze sociali – Indirizzo in Scienze della Governance e dei Sistemi Complessi, Università degli Studi di Sassari, 2014; F. MINORA, *Housing sociale e produzione di nuovi modelli abitativi: un approccio istituzionalista*, in http://euricse.eu/sites/euricse.eu/files/minora_iris_2012.pdf, 2012, 10. G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, numero speciale 4/2018. 210, fornisce ulteriori esempi, citando i progetti "Portierato solidale-coabitazioni solidali" e "Stesso piano – coabitazioni per giovani", entrambi del Comune di Torino e volti a promuovere gruppi di coabitazione tra giovani. In argomento cfr. di recente G. MUSOLINO, *Enfiteusi. Nuovi istituti quali il "cohousing" e interpretazione*

Sulla galassia di esperienze gemmate dai *Regolamenti municipali* sull'amministrazione condivisa, segnatamente in relazione agli "Interventi di cura e rigenerazione di spazi pubblici" e di edifici e sui corrispondenti *Patti di collaborazione* o di *sussidiarietà* molto è già stato scritto il che esime dal trattarne qui diffusamente¹²⁸, ciò che richiederebbe un ulteriore contributo.

Solo un accenno si può dedicare a un ambito particolare di recente emersione: la crescente secolarizzazione pone il problema del *riuso del patrimonio monastico* progressivamente dismesso, se è vero che, «secondo autorevoli studi, in mancanza di una forte inversione di rotta, nel 2046 tutti i conventi italiani potrebbero definitivamente chiudere i battenti»¹²⁹. Qui ci troviamo in presenza di due comunità: quelle religiose, che dispongono di immobili sovrabbondanti rispetto alle loro reali esigenze e le comunità territoriali che necessitano di spazi e luoghi, fisici e immateriali, dove svolgere le proprie attività e sono così ipotizzabili patti tra le comunità religiose e gli enti esponenziali interessati alla rigenerazione del bene. Analogamente è stato ipotizzato il ricorso alla *fondazione di partecipazione*, per favorire un "azionariato culturale diffuso" che richiama quella dimensione comunitaria la quale permise un tempo di costruire e mantenere le splendide cattedrali che costellano le città del continente¹³⁰.

Si colloca in linea con la logica dei *Patti di collaborazione* l'esperienza, avviata nella Capitale, dei *Poli civici integrati di mutualismo*, "luoghi aperti,

costituzionalmente orientata del rapporto fra affrancazione e devoluzione, in *Rivista del Notariato*, 6/2024, 1, 1192 ss.

¹²⁸ D'obbligo comunque il rinvio quanto meno alle riflessioni di Gregorio Arena, l'Autore che può essere considerato il "demiurgo" della nascita e dei successivi affinamenti di tali strumenti, nonché ai numerosi contributi in materia di Fabio Giglioni (specie *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2/2016, 305 ss.); di recente cfr. G. MARLETTA, *La legge sul procedimento e i patti di collaborazione*, in *Diritto amministrativo*, 2/2023, 441 ss. Per una articolata trattazione sia consentito inoltre il rinvio a P. DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli, 2023.

¹²⁹ D. DIMODUGNO, *Dal capitolo monastico a forme di gestione partecipata per la rigenerazione del patrimonio culturale delle comunità di vita consacrata*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1/2022, 266.

¹³⁰ In argomento cfr. D. DIMODUGNO, *Dal capitolo monastico*, cit., 257-282 e, più in generale, Id., *Ecclesiastical properties as common goods. A challenge for the cultural, social and economic development of local communities*, in *www.statoechnese.it*, 12/2022; *Gli edifici di culto come beni culturali in Italia. Nuovi scenari per la gestione e il riuso delle chiese cattoliche tra diritto canonico e diritto statale*, Torino, 2023; *La gestione e il riuso delle chiese cattoliche in una prospettiva comparata. Un'indagine fra Belgio, Francia e Italia*, Napoli, 2025.

inclusivi, dove cittadini, associazioni, istituzioni e reti sociali possono incontrarsi, dialogare e co-progettare soluzioni ai bisogni del territorio” e “si riconosce il sapere esperienziale dei residenti”¹³¹.

L'amministrazione capitolina ne ha offerto anche una regolamentazione che li definisce “*organismi della comunità locale*” e ne individua il tratto caratterizzante nella “*prossimità, che si concretizza nelle attività di cura delle persone e dei luoghi, attraverso la sinergia di risorse e competenze delle comunità locali per lo sviluppo integrale delle comunità stesse*”¹³².

L'abbondanza di commenti esistenti esime altresì dall'approfondire, nell'economia di questa panoramica, quelle previsioni nella legislazione regionale cd. di “quarta generazione” dedicate specificamente alla rigenerazione (come ad es. quelle sulla *progettazione partecipata* o sugli *accordi operativi* previsti dalla nota L.R. Emilia Romagna, 21 dicembre 2017, n. 24), previsioni matrici di «politiche a deliberazione incorporata»¹³³ su modelli di *urban collaborative governance*, che a sua volta si pone nella scia di esperienze come quella di Friburgo (dove il progetto urbanistico di riconversione di un'antica e abbandonata caserma francese in un avveniristico quartiere *green* si è realizzato con la collaborazione di un Forum, che raccoglieva idee, pensieri e volontà dei cittadini) o di Copenhagen (dove è stata affidata alla cittadinanza la predisposizione degli arredi e la gestione degli spazi pubblici per la rigenerazione di un quartiere).

Resterebbe da richiamare la *pianificazione strategica*¹³⁴, specie quella pure di “ultima generazione”, qualificata come «*pianificazione strategica comunita-*

¹³¹ S. MONNI, *La città dei 15 minuti: una rivoluzione urbana da costruire insieme*, pubblicato il 10 giugno 2025 su www.labusus.org.

¹³² Cfr. art. 2, comma 2 e comma 2, del Regolamento Approvato con Deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 116 del 2024. Il successivo comma 3 dell'art. 2 specifica che «*[i] Poli Civici sono organismi finalizzati allo sviluppo di progettualità e azioni di sviluppo locale ecologicamente e socialmente sostenibili, tesi alla trasformazione del tessuto sociale e produttivo, attraverso il coinvolgimento e la collaborazione tra comunità locali, amministrazioni pubbliche, agenzie ed enti di servizio, associazioni degli abitanti, rappresentanze sindacali e operatori economici, per la definizione dei bisogni della comunità e delle attività e dei servizi municipali necessari*», obiettivi pienamente riconducibili alla nozione ampia di rigenerazione qui seguita.

¹³³ A. PREVIATO, *Processi di progettazione partecipata applicati alla rigenerazione urbana: cenni sulle tendenze di un fenomeno accolto anche nella recente “Legge sulla tutela e l'uso del territorio” dell'Emilia Romagna*, in *federalismi.it*, 15/2019, *passim*.

¹³⁴ In tema da ultimo F. CUSANO, *La rigenerazione urbana dal basso*, cit., specie 380-381.

ria»¹³⁵, che configurerebbe la creazione di una «*community governance*»¹³⁶, o il contributo delle *piattaforme partecipative digitali*¹³⁷ e più in generale delle tecnologie ICT (ad esempio l'esperimento fiorentino di *Digital community mapping*, consistito nel predisporre «una interfaccia per la formulazione di mappe identitarie formate dalle comunità microlocali», successivamente caricate sul SIT (sistemi informativi territoriali) e così divenute «patrimonio conoscitivo condiviso tra le strutture amministrative e la cittadinanza»)»¹³⁸, nonché da ultimo il coinvolgimento attivo della cittadinanza nella sperimentazione (per ora avviata a Bologna e parzialmente a Parma) dei cd. «gemelli digitali urbani» (*urban digital twins*).

4. *Un caveat*

Al termine di questa panoramica una brevissima considerazione di sintesi.

¹³⁵ G. FERA, *Il processo di pianificazione strategica*, in *La pianificazione strategica in Italia e in Europa. Metodologie ed esiti a confronto*, a cura di F. MARTINELLI, Milano, 2005, 306.

¹³⁶ Secondo R. CAMAGNI, *Piano Strategico, capitale relazionale, community governance*, in *Pianificazione strategica per le città: riflessioni dalle pratiche*, a cura di F. PUGLIESE, A. SPAZIANTE, Milano, 2003, p. 79 (richiamato da G. URSO, *Pianificazione strategica e soggettualità territoriale nell'esperienza italiana*, in *Bollettino Della Società Geografica Italiana*, Roma, 2014, 168) «è possibile affermare che la pianificazione strategica urbana – valorizzando e promuovendo le reti sociali, facendo leva sulla condivisione di valori e sugli elementi di identità e costruendo tavoli di confronto, discussione e coordinamento – configuri la creazione di una *community governance*».

¹³⁷ Sulle piattaforme digitali cfr. D. TESTA, *Governo e autogoverno della città digitale, luogo di conflitti tra valori pubblici e interessi privati*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2023, 175 ss. e, da ultimo cenni in G. CASSOLA, *Cittadino e spazi urbani: prospettive per politiche pubbliche partecipative*, in *federalismi.it*, 10/2024, 81.

¹³⁸ E. BOSCOLO, *Oggetti, funzioni e figure per l'urbanistica contemporanea*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1/2023, 12 ss. I sistemi informativi territoriali (SIT), specifica l'Autore, «nati come meri strumenti di rappresentazione vettoriale, divengono quindi strumenti tecnici di accumulo di conoscenze e *urban data* provenienti non solo da una analisi tecnica ma anche dalla consultazione dei cittadini, dando uno spessore alla percezione soggettiva che le comunità e i singoli hanno dei fatti urbani» (ivi, 63). Interessante anche la promozione da parte della città di Reggio-Emilia del «primo WI-FI di comunità, fornendo così una possibile applicazione del principio di collaborazione civica, comunanza di interessi e sussidiarietà orizzontale al diritto di accesso ad internet» (C. IAIONE, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, cit., 456).

Se la valorizzazione del ruolo *della* comunità, anzi *delle* comunità nelle loro molteplici forme espressive, appare come un *trend* caratteristico e ineludibile dei processi di rigenerazione in atto¹³⁹, occorre tuttavia evitare di cadere in una *mistica* della comunità: la provenienza delle proposte dai soggetti civici non assicura di per sé una loro accresciuta legittimazione democratica e un'automatica coerenza con l'interesse generale.

Occorrono a mio avviso alcune condizioni di sistema che garantiscano (o quanto meno facilitino) una “apertura in generalità”, o “crescita in generalità” delle forme di protagonismo delle differenti comunità.

Sinteticamente paiono funzionali a questa finalità: un sistema di *governance* aperto e inclusivo, il più rappresentativo possibile dei diversi bisogni e interessi; forme di *trasparenza* dei processi decisionali, a partire dalla necessità di assicurare un'ampia pubblicità dei progetti promossi a quella di assicurare un dibattito trasparente e adeguatamente pubblicizzato, la presenza di *attività rendicontative e valutative (accountability)*, etc.

Al contempo la valorizzazione postula e presuppone una *reingegnerizzazione* di *procedure e modelli organizzativi* dell'amministrazione pubblica che siano coerenti con -, anzi calibrati su – i bisogni posti dalla proliferazione di un fenomeno di cui si è tentato di offrire qui un quadro, sia pur molto conciso.

¹³⁹ Cfr. da ultimo D. CALDIROLA, *La capacità generativa della comunità nel rinnovamento urbano*, in *federalismi.it*, 27/2024, 25 ss., la quale richiama anche il d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, concernente le politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della legge delega n. 33/2023, che all'art. 7 ha avviato in via sperimentale progetti di coabitazione solidale per le persone anziane, che coinvolgono, famiglie, comunità e Terzo settore (ivi, 46).

Abstract

Il saggio si prefigge di offrire una panoramica delle molteplici forme che può assumere la valorizzazione delle comunità nei processi di rigenerazione, non solo urbana, ma più in generale del territorio e non solo circoscritta al recupero fisico dell'esistente, ma estesa al rinnovamento socio-economico delle aree interessate

La prima parte del saggio raccoglie una serie di suggestioni provenienti dal contesto internazionale, mentre la seconda si focalizza sulle esperienze emergenti nella realtà italiana.

The enhancement of communities in regeneration processes: foreign suggestions and Italian experiences

The essay aims to offer an overview of the multiple forms that assume the enhancement of communities in regeneration processes, not only urban, but more generally of the territory and not limited to the physical recovery of the existing, but extended to socio-economic renewal of the areas concerned. The first part of the essay collects a series of suggestions from the international context, while the second focuses on emerging experiences in the Italian reality.

Brevi note su transizioni istituzionali e sostenibilità costituzionale,
con uno sguardo al processo di attuazione dell'art. 116, co. 3,
della Costituzione*

di Cosimo Pietro Guarini

SOMMARIO: 1. Una introduzione... una fra le tante possibili.– 2. Transizioni *nel* regime e sostenibilità costituzionale. – 3. L'attuazione dell'art. 116, co. 3, della Costituzione nel processo di transizione del regionalismo italiano.

1. *Una introduzione ... una fra le tante possibili*

Il contesto in cui oggi si “inerpicano” le transizioni istituzionali appare davvero molto complesso.

Provare a delinearne i tratti essenziali o i nessi di causa-effetto risulterebbe sovrabbondante rispetto al più limitato fine che questo intervento si propone. E però non si può fare a meno di rilevare che a partire dalla crisi finanziaria del 2007-2008¹ il panorama sociale, politico ed economico è profondamente mutato². Così come profondamente diversa è anche la velocità con cui tutto muta.

La centralità del confronto sulla relazione tra ecosistemi politici a

* Il testo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di note bibliografiche essenziali, dell'intervento svolto in occasione della V Conferenza annuale di ICON-S Italia, Lo Stato delle transizioni, panel Sostenibilità democratica delle transizioni, Trento, 18-19 ottobre 2024.

¹ Descritta nel dettaglio, in prospettiva giuspubblicistica, da G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011. Sul punto e sugli effetti istituzionali e costituzionali della successiva crisi del 2011 v. anche, in quel contesto e in quel momento, tra gli altri, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; G. RIVOCCHI, *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 3; E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 1; I. CIOLLI, *The constitutional consequences of financial crisis and the use of emergency powers: flexibility and emergency sources*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1.

² Dopo una stagione alquanto lunga di «ottimismo» sulla diffusione a livello globale della democrazia costituzionale, a partire dal 2006 «gli indicatori dei principali istituti di ricerca hanno iniziato a raccontare un'altra storia» (cfr. T. GROPPI, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 4, 65 ss., 69 ss.).

matrice liberal-democratica e modelli di sviluppo economico³ ha ceduto il passo – per forza di cose – a una riflessione che deve fare i conti con il pernicioso addensamento di plurime crisi. Queste procedono avviluppate tra loro, in un *continuum*⁴ che erode gli spazi di *welfare* e determina l’impoverimento – materiale e spirituale – del ceto medio e moderato⁵, la cui funzione principale, in un contesto moderno e democratico, è di fungere, ad un tempo, da camera di compensazione delle frizioni politiche e da acceleratore della mobilità sociale⁶.

La congiuntura sindemica⁷ si prospetta *sine die* con grave nocimento per il pluralismo su cui si regge un costituzionalismo non solo normativo ma anche concretamente capace di intercettare e comporre in chiave valoriale i conflitti sociali e conduce ad «una sostanziale riduzione delle alternative democraticamente perseguibili»⁸.

Le misure invocate nel cantiere delle riforme tendono allora ad assimilarsi benché le sollecitazioni e la base sociale (*rectius*: le *constituencies*) da cui provengono siano diverse, salvo poi scomporsi nuovamente in frattura⁹ quando la riflessione torna a incentrarsi sulla tutela

³ Per una introduzione al tema v. M. BENEVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 3, 252 ss.; L. D’ANDREA, *Democrazia e potere economico: la “forma” del primato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 3, 996 ss.; G. COMAZZETTO, *Costituzione, economia, finanza. Appunti sul diritto costituzionale della crisi*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 4, 13 ss.

⁴ Sollecitazioni in questo senso in A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell’euro e “guerra delle razze”*. *Strategie di riattivazione del conflitto in Europa*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 3; G. BUCCI, *Dal governo democratico dell’economia alla crisi come dispositivo di governo*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, 353 ss.

⁵ Cfr. OECD, *Under pressure: the squeezed middle class*, 2019.

⁶ Cfr. P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Roma-Bari, 2009.

⁷ Il concetto di «modello sindemico» è stato introdotto negli anni ‘90 del Secolo scorso da un antropologo medico, Merrill Singer. Con «sindemia» indica «*the concentration and deleterious interaction of two or more diseases or other health conditions in a population, especially as a consequence of social inequity and the unjust exercise of power*» (ID., *AIDS and the health crisis of the US urban poor: the perspective of critical medical anthropology*, in *Social Science and Medicine*, 1994, vol 39, 931 ss.).

⁸ Così F. BALLAGER CALLEJON, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa*, www.unikore.it/index.php/it/home-koreuropa, 2012, fasc. 1, 82 ss., 85 s.

⁹ Fratture oramai “scomposte”, specchio dell’incapacità dei principali attori del pluralismo di superare le crisi di fine Novecento. Come osserva M. LUCIANI, *Questioni generali della forma di governo italiana*, in *Rivista AIC*, 2024, n. 1, 1 ss., 3, «nessuno degli attori principali del pluralismo è dunque uscito indenne dal passaggio di fine secolo, ma non sono stati capaci di farlo nemmeno i deuteragonisti (i soggetti associativi minori), ormai affiancati, se non sostituiti, da ringhiose comparse di una molteplicità sociale manichea e

dei diritti civili e politici e sui conseguenti modelli antropologici di convivenza.

Tali plurime e “parallele convergenze”¹⁰, però, per quanto volte a perseguire meta-obiettivi sostanzialmente opposti, confondono l’opinione pubblica. Non risultano più così facilmente rilevabili le differenze ideali alla base dei progetti proposti dalle antagoniste forze politiche in campo, spostandosi il *focus* prevalentemente sull’efficacia attesa di misure “promesse”.

Questo processo così opacoinnesca lo *story telling* populista e sovranista¹¹, non nuovo per lo spazio europeo¹², e i consueti riferimenti – economici, giuridici ma anche culturali – vengono agevolmente sostituiti

polarizzata, indisponibili al dialogo e al compromesso, tutte tese all’affermazione esclusiva dell’interesse di cui di volta in volta si proclamano portatrici e del tutto insensibili agli interessi concorrenti, dei quali si fanno carico simiglianti e specularmente aggressivi competitori, mai *bridging* (inclusivi) e sempre *bonding* (esclusivi)». Sul punto, diffusamente, già G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppo e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998.

¹⁰ Secondo il felice ossimoro coniato da Aldo Moro.

¹¹ L’analisi è attualmente vigorosa nel dibattito scientifico. Per alcuni studi sul tema v. W.H. RIKER, *Liberalism against populism: a confrontation between the theory of democracy and the theory of public choice*, 1982, trad. it. di D. Riannetti, *Liberalismo contro populismo. Confronto tra teoria della democrazia e teoria della scelta sociale*, Milano, 1996; Y. MÉNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, trad. it. di A. De Ritis, Bologna, 2001. Tra i più recenti contributi della dottrina giuspubblicistica v. G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. V, sez. I, Napoli, 2009, 1992 ss.; i numerosi saggi raccolti nel n. 3-4 del 2010 di *Democrazia e diritto*; G. BALDINI, *Populismo e democrazia rappresentativa in Europa*, in *Quad. di sociologia*, 2014, 11 ss.; G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3; F. BILANCIA, *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*, in *Lo Stato. Rivista di scienza costituzionale e teoria del diritto*, 2018 n. 10, 341 ss.; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 2, 1 ss.; M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 3, 375 ss.; A. RUGGERI, “Forma di governo” e “sistema dei partiti”: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?, in *Consulta online*, 2018, n. 3, 599 ss.; A. MORELLI, *Il principio personalista nell’era dei populismi*, in *Consulta online*, 2019, fasc. II, 359 ss.; C. PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 1, 29 ss.; A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020; P. VERONESI, “Farmaco e veleno”: il populismo tra fisiologia e patologia, in *GenIn*, 2023, 1 ss.; M. OLIVETTI, *Democrazia costituzionale e populismo*, Roma, 2024.

¹² F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l’antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 4, 517 ss.

nell'immaginario collettivo da un neo-linguaggio estremamente efficace nel raggiungere il fine di manipolare la percezione della realtà sì da garantirne il consolidamento e perpetuarne la replicazione.

L'elettorato risulta instabile, in termini di partecipazione, e molto volatile, in termini di preferenze¹³. La fidelizzazione politica, per così dire, risente del venir meno dei principi o dei valori che erano alla base di scelte identitarie¹⁴ e l'astensione elettorale aumenta in misura direttamente proporzionale alla perdita di un orizzonte di significato delle *querelle* continue, e spesso artatamente roventi, che affollano il dibattito pubblico¹⁵. La partecipazione attiva alla vita politica, per lo più, trova un punto di sintesi o nel massiccio sostegno a misure *spot*, strettamente contingenti, di prospettiva limitata, annunciate nelle campagne elettorali (alcune delle quali poi, di fatto, poste in essere) oppure, più semplicemente, in movimenti di opposizione spontanea allo *status quo*, sorti cioè a prescindere da un preciso impulso partitico (come ricordano gli esempi dei "girotondi", dei *V-day* pentastellati, dei *Family Day*, delle manifestazioni delle cc.dd. «Sardine», dei *Fridays for future*), che, poi, come è agevole rilevare, o si "spengono" per consunzione delle aspettative di cui sono portatori o, per sopravvivere, si adattano alle tradizionali forme della rappresentanza politica.

In ambito più strettamente costituzionalistico, poi, si radicano, per le stesse ragioni, nuovi *totem* iconici, che in alcuni casi sono fatti propri da testi legislativi e costituzionali e, in altri, sono frutto di (discutibili e discusse) interpretazioni di carattere giurisprudenziale¹⁶. A tale ambito si

¹³ Cfr. già L. DELLA LUNA, *Sistema dei partiti e volatilità elettorale*, in *Dem. e diritto*, 2010, n. 3-4, 211 ss. Più di recente, A. CAMPI, *Trasformazioni della politica*, Soveria Mannelli (Cz), 2022.

¹⁴ La crisi economica, poi, ha accentuato questi tratti perché, come ben rimarcato, «il disagio economico è spesso percepito dagli individui non come una privazione di risorse ma come una perdita di identità» (così F. FUKUYAMA, *Identity. The demand for dignity and the politics of resentment*, 2018, trad. it. di B. Amato, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Milano, 2019, 105).

¹⁵ Questioni, peraltro, già ampiamente segnalate nelle *Relazioni* presentate al Congresso Annuale AIC su "Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione", Alessandria, 17-18 ottobre 2008, raccolte in AA.VV., *Annuario 2008. Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, 2009. Deve, peraltro, rimarcarsi come l'astensionismo cali significativamente quando le *querelle* ritornano nuovamente ad essere genuinamente sociali e politiche, come dimostrano le altissime percentuali di partecipazione alle ultime elezioni nazionali in Germania.

¹⁶ Su tali specifici aspetti – e in questa chiave di lettura – v., di recente, le riflessioni di

possono ascrivere – solo per fare alcuni esempi certamente non esaustivi – la costruzione della categoria dei diritti finanziariamente condizionati, la rigidità dei paradigmi del neo-costituzionalismo finanziario¹⁷ (solo in parte e solo transitoriamente messi in crisi dal recente fenomeno sindemico)¹⁸, il succedersi frenetico di sistemi elettorali meno che proporzionali decisamente eccentrici rispetto al dichiarato scopo di perseguire un migliore formante rappresentativo¹⁹. E, da ultimo, l'allentamento, quand'anche per vie legali²⁰, dei cardini delle democrazie liberali – a cominciare dai delicati meccanismi che garantiscono la separazione dei poteri²¹ – giustificate sullabase dell'emergenza e/o della governabilità, le cui forze, apparentemente irresistibili, si impongono sui *balances* per inoculazione comunica-

A. RUGGERI, in A. MORELLI, A. RUGGERI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza, (profili metodico-teorici)*, Napoli, 2024, spec. 103 ss.

¹⁷ Da intendersi, invece, in senso dinamico e da interpretarsi necessariamente nel verso dettato dai principi costituzionali fondamentali. In questi termini v., accuratamente, E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, 2020.

¹⁸ In una letteratura molto ampia, v. E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Napoli, 2022 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁹ A tacer dell'inefficacia di tale insipiente ricorso alla modifica dei sistemi elettorali, «pur nella varietà delle formule adottate, rispetto all'obiettivo di contenere la molteplicità delle formazioni politiche in Italia, rimaste numerose, tendenzialmente di piccole dimensioni e conflittuali anche nell'assetto bipolare, per poi transitare, tali, nell'attuale assetto tripolare» (L. LORELLO, *Sistema dei partiti, legislazione elettorale e disciplina dei gruppi parlamentari: è possibile governare la frammentazione?*, in *Nuove autonomie*, 2019, n. 2, 145 ss., 159).

²⁰ Non è in discussione la tenuta del dato costituzionale formale ma la «sovrapposizione di un nuovo ordinamento a quello precedentemente vigente. Un sistema giuridico, cioè, che colonizza quello statale originario, ormai caduto in *anomia*» (F. BILANCIA, *Crisi economica, decisioni finanziarie ed istituzioni democratiche nazionali. Considerazioni di sintesi*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 26, 4).

²¹ La riforma in atto relativa all'introduzione in Costituzione del c.d. premierato all'italiana (ma le stesse riflessioni possono valere anche per la annunciata intenzione di procedere alla separazione delle carriere tra magistratura giudicante e magistratura requirente) non sollecita (affatto o solo, a seconda delle prospettive) valutazioni in ordine alla legittimità del processo riformatore ma molto di più in ordine alla disarticolazione del sistema di *check and balances* del nostro sistema costituzionale e alla «sostenibilità del nostro tessuto democratico» che «la costituzione del 1948 (...) ha assicurato nonostante i progressivi smottamenti del sistema politico sottostante» (così E. CHELLI, *Perché dico no al presidenzialismo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022, fasc. 3, 55 ss., 60, 62).

tiva²², favoriti da una resa graduale alla dis-informazione (o mis-informazione) *social* propagandata quale ritorno alla pienezza del *freedom of speech right*²³. Le riforme in atto accentuano, nel loro complesso, il rafforzamento dei poteri degli esecutivi e confermano, una volta di più, uno spregiudicato «uso “congiunturale” della Costituzione»²⁴, con mestizia piegata a scopi meramente opportunistici.

2. *Transizioni nel regime e sostenibilità costituzionale*

Ai costituzionalisti spetterebbe di verificare la compatibilità di queste scelte con i capisaldi del patto di unità politico-sociale cristallizzato nelle Costituzioni del secondo dopoguerra e, se del caso, rimarcare con forza la portata dello sfrido che il *sollen* valoriale subisce durante i processi del suo invero nel *sein* adattivo; alla classe politica, invece, di bilanciare tra interessi pubblici e privati, alla luce del modello di liberal-democrazia costituzionale che essa stessa contribuisce a delineare, restituendo

²² Cfr., in proposito, le osservazioni di A. PAPA, “*Democrazia della comunicazione*” e *formazione dell’opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 2017, n. sp. 1.

²³ Esempio è il recentissimo abbandono del programma di *fact checking* di Meta che fa seguito all’abbandono di un analogo programma prima esistente anche su X (ex Twitter). Cfr. <https://www.ilpost.it/2025/01/07/modifiche-fact-checking-contenuti-social-meta/>. Sulla questione, nel dibattito giuspubblicistico, v., tra le tante voci critiche, G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d’espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017; E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica: Internet, partecipazione politica e diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, fasc. 2, 57 ss.; G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech: a european constitutional perspective*, Milano 2020; A. POGGI, *Diritto a Internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Liber amicorum Pasquale Costanzo*, cit., 131 ss.; e ivi anche O. POLLICINO, *Freedom of expression and the european approach to disinformation and hate speech: the implication of the technological factor*, 209 ss.; L. CALIFANO, *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 26; A. SPADARO, *Libertà, pluralismo e limiti nel discorso pubblico*, e G.L. CONTI, *Il condizionamento dell’opinione pubblica in campo politico ed economico*, versioni provvisorie delle Relazioni al XXXIX Convegno annuale AIC, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Salerno, 15-16 novembre 2024, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/attivita/convegni-annuali-aic/2024-la-liberta-di-manifestazione-del-pensiero-salerno>; M. PLUTINO, *Verità e opinione pubblica. Preservare la democrazia costituzionale «onlife»*, Soveria Mannelli (Cz), 2024.

²⁴ Espressione che si deve ad A. RUGGERI, *Il federalismo all’italiana e l’uso “congiunturale” della Costituzione*, in *Forum di Quad. cost.*, 9 luglio 2001.

all'opinione pubblica consapevolezza degli eventuali costi individuali da sopportare per l'attuazione delle scelte assunte in nome del bene comune.

E, invece, ciò che lascia davvero perplessi è l'incapacità del sistema politico di incidere su uno qualunque dei punti del circolo vizioso delle crisi al fine di invertirne l'inerzia. Incapacità difficilmente giustificabile ma comprensibile, perché suggerita dal timore che ogni eventuale scelta, costosa di per sé proprio perché bilanciata, eroda, oggi più che mai, quel consenso elettorale a breve termine su cui esso si regge. E ciò a voler tacere delle sempre più evidenti difficoltà di adeguata selezione di un personale politico-partitico (nel suo complesso) credibile e autorevole²⁵, cui si è pensato di dare irrazionale soluzione, ad esempio, con la riduzione del numero dei parlamentari²⁶.

Questo appare il contesto nazionale odierno in cui le transizioni si collocano, alcune delle quali, di recente, interessate da spinte ben più che meramente inerziali; giunte ad esiti tanto rapidi quanto inattesi.

Nell'uso comune il termine transizione rende l'idea di un passaggio da una situazione precedente ad una successiva, e con esso si indica un mutamento in atto, una condizione fluida, talvolta incerta²⁷. Non molto diversamente avviene nello specifico ambito giuridico-costituzionale. In alcuni casi, le transizioni costituiscono la risposta a crisi di sistema e sono in grado, al loro termine, di ridefinire un'esperienza e attivare mutamenti costituzionali. In molti altri casi, invece, danno origine a crisi che si risolvono in anomalie episodiche, pienamente riassorbite dal sistema.

Tra le tante coppie oppostive che sono state individuate per ricostruire la categoria dogmatica della transizione²⁸, è possibile distinguere, in rela-

²⁵ V., di recente, P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in *Consulta online*, 2021, fasc. II, 406 ss.; ID., *I partiti tra identità e occasionalismo: rileggendo Pietro Ciarlo*, in *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, Vol. 1, Napoli 2022, 327 ss.

²⁶ Cfr. F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia*, cit., 529 ss., e F.R. DE MARTINO, *Rappresentanza, antipolitica, taglio dei parlamentari. Una riforma contro il popolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, fasc. 3, 16 ss., ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti alla letteratura che si è occupata della questione.

²⁷ Cfr. V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3, 3.

²⁸ A titolo esemplificativo, v., *ex plurimis*, G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, cit.; S. LABRIOLA, *Costituzione materiale e transizione*, in A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, 239 ss.; M. OLIVETTI, *La transizione continua*, in *Quad. cost.*, 2001, 620 ss.; A. D'ATENA,

zione agli esiti producibili, tra transizioni *nel* regime (o *nella* Costituzione) e transizioni *di* regime. Quanto alle prime, più in particolare, se si conviene che il fondamento di un ordinamento si risolva nella sua effettività, esse «possono essere accomunate da quel carattere sostanzialmente “confermativo” dell’ordinamento complessivo». Si può, pertanto, concludere che le transizioni *nel* regime rappresentino un importante indice rivelatore – seppur non assorbente – della buona tenuta dell’impianto costituzionale complessivo dal punto di vista assiologico-sostanziale²⁹.

Da queste brevi osservazioni di contesto emerge l’utilità di indagare ogni transizione in ragione della sua sostenibilità costituzionale. In questo intervento tale approccio è seguito con riferimento alla più recente tappa della transizione del regionalismo italiano.

È, d’altro canto, appena il caso di ricordare che “sostenibilità costituzionale” è un’espressione riassuntiva, non ancora una categoria, ma comunque un concetto, che, inquadrato in scienze limitrofe a quella del diritto pubblico, interroga di recente anche gli studiosi di quest’ultimo.

Volerla declinare nel quadro costituzionale, senza smarrirne la originaria matrice – che enfatizza una valutazione sugli effetti delle decisioni dell’oggi nella prospettiva del mantenimento di condizioni, almeno non peggiorative, nel domani – impone di coglierne le differenze con la categoria della legittimità. In questo senso, una recente e ampia riflessione ha posto in rilievo che può «considerarsi costituzionalmente sostenibile un atto o un comportamento il cui impatto complessivo possa essere assorbito dalla struttura costituzionale senza che ne sia pregiudicata la capacità di incidere sulle dinamiche sociali secondo una visione coerente con i principi fondamentali intesi nella loro interazione reticolare. All’opposto, può ritenersi costituzionalmente insostenibile un atto o comportamento che, seppur immune da vizi di legittimità, determini una tensione nella o una pressione sulla costituzione tale da inibirne o vanificarne l’attitudine

La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V, in *Le Regioni*, 2002, 305 ss.; S. BARTOLE, *Trasformazioni costituzionali e transizione politica*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2002, 93 ss.; L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Cedam, Padova, 2003; A. RUGGERI, *Il “regionalismo della transizione” e la teoria della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 29 luglio 2004; F. GIUFFRÈ, *La Costituzione materiale della transizione: dalla democrazia consensuale alla democrazia competitiva*, in *Forum di Quad. cost.*, 14 ottobre 2008; F. LANCHESTER, *La fine della transizione*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2009.

²⁹ Cfr. ancora V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni*, cit., 15 ss.

a sorreggere una struttura composita autenticamente funzionale al cambiamento sociale»³⁰. Ogni atto (commissivo od omissivo) e ogni attività costituzionalmente rilevante deve, pertanto, preservare un certo equilibrio che garantisca all'assetto costituzionale di riferimento di perpetuarsi nel tempo in modo dinamico³¹.

3. *L'art. 116, co. 3, della Costituzione nel processo di transizione del regionalismo italiano*

Alla luce di quanto precede, si possono svolgere alcune riflessioni sul processo di attuazione dell'art. 116, co. 3, della Costituzione.

È possibile notare come la transizione verso un regionalismo – quello differenziato³² o “particolare”³³ o “ulteriore”³⁴ o “asimmetrico”³⁵ delle regioni di diritto comune³⁶ – che si aggiunga a quello ordinario e a quello

³⁰ Così Q. CAMERLENGO, *La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari applicativi*, in *Consulta online*, 2023, fasc. I, 23.

³¹ *Ibidem.*, 18.

³² L'espressione si deve a L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000.

³³ Così M. LUCIANI nel ricorso n. 28/2024 della Regione Puglia c/Presidenza del Consiglio dei Ministri e nell'Udienza pubblica del 12 novembre 2024 presso la Corte costituzionale, reperibile sul sito istituzionale della Consulta, minuto 61 della registrazione.

³⁴ F. GABRIELE, *Sulla autonomia «ulteriore» nelle regioni a statuto ordinario (o del regionalismo «differenziato» volutamente «fraiteso»)*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, 2024, n. 2, 198 ss.

³⁵ S. MANGIAMELI, *Editoriale. Errori e mancata attuazione costituzionale. A proposito di regionalismo e regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 2023, n. 1, 1 ss., *passim*, secondo il quale il dibattito sulla differenziazione ascrivibile all'art. 116, co. 3, Cost., deriva da «un errore nella comprensione della *asimmetria* regionale» ed «è conseguenza di un capovolgimento di un altro importante paradigma costituzionale: quello che riguarda il riparto delle competenze». Tal che «non si adoperava più l'espressione “asimmetria” o “clausola di asimmetria” (art. 116, terzo comma, Cost.), ma si parla in modo generale di “differenziazione”, secondo la previsione dell'art. 118, secondo comma, Cost.» (p. 7). V. anche, *Id.*, *Regionalismo differenziato, divario territoriale ed eguaglianza*, in *Diritti regionali*, 2024, n. 1, 113 ss., e A. MASTROMARINO, *Prima riflettere sul concetto di asimmetria, poi procedere a differenziare*, in D. CODUTI (a cura di), *La differenziazione nella Repubblica delle autonomie*, Torino, 2022, 19 ss. Sulla erronea sedimentazione del paradigma di regionalismo duale quale criterio ispiratore del Costituente repubblicano v., ampiamente, F. PASTORE, *La crisi del modello duale di regionalismo in Italia*, in *Federalismi.it*, 2018, n. spec. 7, 284 ss.

³⁶ Che la differenziazione ai sensi dell'art. 116, co. 3, Cost. sia riferibile alle sole regioni ad autonomia ordinaria – come emergeva, invero, già alquanto chiaramente dal dato letterale – è confermato dalla sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale (cfr.

speciale è in corso da ben ventiquattro anni, cioè da quando sono state confermate dal *referendum* costituzionale le modifiche che lal.c.n. 3 del 2001, come noto, ha apportato ad ampie parti del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione repubblicana. Ciò suggerisce all'osservatore innanzitutto che quest'ultima è una fase transitoria che si innesta, perché da essa gemmata, nella (molto più lunga) transizione relativa all'evoluzione di un «non modello costituzionale di regionalismo»³⁷o, se si preferisce, che da questa a un certo punto diverge pur alimentandosene³⁸. Ne è parte, certamente, ma assume peculiarità che consentono di individuarne contorni autonomi³⁹, ancorché non sempre ben definiti⁴⁰.

Per quanto numerosi siano stati gli atti istituzionali che ne hanno segnato la progressione, essi sono apparsi decisamente incoerenti tra loro, in un succedersi a tratti schizofrenico, sia per contenuti sia per “posizionamento politico”, che forse è opportuno ricordare brevemente⁴¹.

Tale istituto ha subito un profondo ripensamento poco dopo aver visto la luce, se è vero che la riforma costituzionale voluta da Silvio Berlusconi (2005), ma bocciata dal *referendum* costituzionale del 2006, aveva abrogato l'art. 116, co. 3, Cost. Fatto salvo il tentativo di disciplinare la

Considerato in diritto, § 6), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, co. 2, della legge n. 86 del 2024.

³⁷M. LUCIANI, *Il non modello costituzionale di regionalismo*, in *Dem e dir.*, 2023, n. 1, 89 ss.

³⁸ Tale momento può farsi risalire a quando «la Regione Lombardia presentò durante i lavori della Commissione Bicamerale De Mita-Jotti un d.d.l. costituzionale che prevedeva un processo di attribuzione, con legge costituzionale, di poteri speciali alle Regioni che lo richiedessero» (così L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4, 319 ss., 332). Ora, per un quadro complessivo, A. CARIOLA, *Il regionalismo differenziato e le sue procedure*, in *Diritti regionali*, 2023, n. 3, 795 ss., eM. COSULICH, *Autonomia e specialità nell'ordinamento repubblicano*, Torino, 2024.

³⁹ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, voce *Regionalismo differenziato*, in *Digesto disc. pubbl.*, *Aggiornamento*, Milano, 2021, 317 ss.; C. NEGRI, *Il regionalismo differenziato di cui all'art. 116, co. 3, della Costituzione. Un tentativo di inquadramento sistematico del Titolo V della Costituzione*, in *Diritti regionali*, 2021, n. 1, 143 ss.; A. RUGGERI, *Editoriale. Sliding doors per il prossimo futuro dell'autonomia regionale: degrado o ripresa?*, in *Diritti regionali*, 2022, n. 3, 721 ss.

⁴⁰ In tal senso, v. G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 2.

⁴¹ D'altronde, niente di diverso era lecito attendersi da una riforma «maturata in un diffuso e confuso clima politico favorevole all'opzione federalista» (così A. PATRONI GRIFFI, voce *Regionalismo differenziato*, cit., 319).

specifica procedura di approvazione legislativa dell'intesa Stato/regione da parte del d.d.l. Lanzillotta (a cavallo tra il 2007 e il 2008), poi decaduto a seguito della crisi del secondo governo Prodi, non maggior fortuna aveva riscosso nella riforma costituzionale Renzi-Boschi del 2016, che ne aveva significativamente delimitato ambito e condizioni, riformulandolo.

Insomma, per più di tre lustri la transizione verso una ulteriore forma di regionalismo autonomistico non aveva turbato i sonni degli italiani, né posto soverchi problemi di compatibilità costituzionale⁴².

Una significativa accelerazione si è avuta nel 2017 a seguito dello svolgimento, in Lombardia e Veneto, dei *referendum* consultivi regionali⁴³ aventi ad oggetto l'avvio della negoziazione delle forme autonomistiche previste dall'art. 116, co. 3, e dell'approvazione da parte del Consiglio regionale dell'Emilia-Romagna di una risoluzione recante «*Avvio del procedimento finalizzato alla sottoscrizione dell'Intesa con il Governo per il conseguimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, comma terzo, della Costituzione*»⁴⁴.

Il *referendum* veneto, indetto con legge regionale, non fu bloccato dalla Consulta⁴⁵ e ad esso si associò quello lombardo. Entrambi si svolsero e, a

⁴² Sin da subito, però, L. ELIA, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 3 cost. 2001, ravvisava nell'art. 2 (che sostituiva il precedente art. 116 Cost.) dubbi sulla sua compatibilità con il dettato costituzionale, e in particolare con il principio di unità e indivisibilità della Repubblica e con la garanzia offerta dalla rigidità costituzionale (Id., *Introduzione* a T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino 2001, 18 s.). Più di recente, nel solco della dissonanza tra l'art. 116, co. 3, Cost. e i principi repubblicani, cfr. U. DE SIERVO, *L'incompatibilità costituzionale del comma terzo dell'art. 116 Cost.*, in *Dem e dir.*, 2023, n. 1, 80 ss., e M.A. CABIDDU, *La favola brutta dell'autonomia differenziata*, *ivi*, 39 ss.

⁴³ Entrambi i referendum si svolsero il 22 ottobre 2017. Il quesito di quello veneto era stato previsto dalla legge regionale n. 15 del 2014; il quesito lombardo definito, invece, con delibera del Consiglio regionale del 17 febbraio 2015.

⁴⁴ Si tratta della risoluzione n. 5321 del 3 ottobre 2017 approvata dal Consiglio regionale a valle di un documento di indirizzo della Giunta regionale del 28 agosto 2017 volto ad avviare il procedimento finalizzato all'acquisizione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Ad essa fece seguito una dichiarazione di intenti in tal senso sottoscritta il 18 ottobre 2017 dal Presidente di regione con il Presidente del Consiglio. Sulle vicende che hanno preceduto e seguito lo svolgimento dei *referendum* consultivi regionali del 2017, nel dettaglio v. O. CARAMASCHI, *Il referendum per l'autonomia di Lombardia e Veneto: riflessioni sul valore del referendum consultivo*, in *Diritti regionali*, 2019, n. 1.

⁴⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 118 del 2015, avente ad oggetto la legittimità costituzionale delle leggi nn. 15 e 16 della regione Veneto, impugnate in via principale dal

valle di percentuali di successo plebiscitarie, rafforzarono la pretesa⁴⁶ del concreto accoglimento delle istanze regionali di “ulteriore” autonomia poi fatte valere ai tavoli di discussione con la delegazione ministeriale nella negoziazione formalmente avviata il 1° dicembre 2017⁴⁷.

A partire da quel momento gli atti statali (parlamentari e governativi) e regionali volti all’attuazione dell’art. 116, co. 3, si sono moltiplicati e sono divenuti sempre più concludenti (e univoci)⁴⁸.

In limine mortis del governo Gentiloni, vennero siglate pre-intese con le tre regioni richiedenti⁴⁹. Ad esse seguirono iniziative per accedervi⁵⁰ di

Governo. Dalla declaratoria di illegittimità (totale per la legge n. 16), si salvò una parte della legge n. 15 che, per l’appunto, riguardava il referendum consultivo poi svoltosi. A commento della pronuncia v. D. TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, in *Le Regioni*, 2015, n. 5-6, 1141 ss.; F. CONTE, *I referendum del Veneto per l’autonomia e l’indipendenza. Non c’è due senza tre. Anche se...*, in *Quad. cost.*, 2015, n. 3, 759 ss.; G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico: una esile linea argomentativa per un esito (in parte) prevedibile*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 20.

⁴⁶ In senso critico sul metodo (referendario) di avvio del processo di differenziazione v., tra gli altri, A. MORRONE, *Populismo referendario. La strada impervia della secessione all’italiana*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 20.

⁴⁷ Ai fini del concreto avvio del negoziato con lo Stato, il 15 novembre 2017 il Consiglio regionale veneto approvò la proposta di legge statale n. 43. Il Consiglio regionale lombardo, invece, il 7 novembre 2017, approvò una mozione con la quale impegnava il Presidente di regione a raggiungere determinati obiettivi di autonomia ulteriore, che riprendeva, ampliandoli, i contenuti di una analoga delibera del 13 giugno 2017.

⁴⁸ Prezioso, per la puntuale indicazione di tutti i materiali istituzionali, statali e regionali, che hanno riguardato il processo di attuazione dell’art. 116, co. 3, Cost., fra il 2017 e il 2023 è il volume AA.VV., *Regionalismo differenziato. Razionalizzazione o dissoluzione. Una ricerca delle Università della Campania*, Napoli, 2023.

⁴⁹ Esse furono sottoscritte il 28 febbraio 2018 dai Presidenti di regione richiedenti e dal Sottosegretario per gli Affari regionali e le Autonomie. Il loro contenuto fu, di comune accordo, limitato solo ad alcune delle materie oggetto delle richieste regionali, «*stante la fase conclusiva della legislatura statale e la conseguente ristrettezza dei tempi per la conduzione del negoziato*», e, in particolare, alla tutela e valorizzazione dell’ambiente e dell’ecosistema, alla tutela della salute, all’istruzione, alla tutela del lavoro e ai rapporti internazionali e con l’Unione europea. Per un commento sulla procedura seguita e sui contenuti delle diverse pre-intese o bozze d’intesa v. E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 2; A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, 2019, n. 2; V.P. GROSSI, *La perdurante attualità del regionalismo differenziato. Un’analisi dei contenuti delle ‘bozze d’intesa’*, in *Diritti regionali*, 2021, n. 2, 358 ss.

⁵⁰ Cfr. AA.VV., *Regionalismo differenziato. Razionalizzazione o dissoluzione*, cit., 13 ss.

quasi tutte le altre regioni ordinarie (fatta eccezione per l'Abruzzo⁵¹). L'attuazione del regionalismo differenziato, diventò obiettivo prioritario del "contratto di governo" del Conte I (a guida anche leghista) e fu ripresa la negoziazione, poi nuovamente abbandonata per la (tanto prematura quanto pronosticabile) caduta del governo giallo-verde. A seguire, durante il governo Conte II, il Consiglio dei Ministri approvò il d.d.l. Boccia che venne inserito nella nota di aggiornamento al DEF 2020 tra quelli collegati alla manovra di bilancio, subordinato alla condizione della previa definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP). Non dissimile fu l'attivismo riformista durante il governo Draghi. Il Consiglio dei Ministri approvò il d.d.l. Gelmini, anch'esso incluso tra i provvedimenti collegati alla manovra di bilancio 2022-2024, che fece proprie la maggior parte delle indicazioni offerte dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali che il 12 luglio 2022 approvò all'unanimità (*sic!*) il testo di un'indagine conoscitiva⁵² in cui si auspicava, tra l'altro, che venisse adottata una legge sul procedimento di intesaStato/regioni e che quest'ultima fosse LEP-condizionata⁵³. E, infine, così giungendo ai giorni nostri, prima i commi 791-801 *bis* della legge di bilancio 2023– volti a disciplinare alcuni aspetti del procedimento e delle condizioni di negoziazione prodromiche alle intese di differenziazione – e successivamente l'approvazione della legge n. 86 del 2024, c.d. Calderoli, quale vera e propria *legge generale* (e *sul procedimento*) per l'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost.⁵⁴.

⁵¹ ... che nel 2019 si è limitato a istituire una Commissione per lo studio del regionalismo differenziato.

⁵² Nel dettaglio, v. P. LOGROSCINO, *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze. Introduzione generale al Seminario*, in AA.VV., *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze*, Atti Seminario di Bari del Gruppo di Pisa, 1° dicembre 2023, Napoli, 2024, 11 ss., 15 s. e nt. 18.

⁵³ Condizioni ritenute opportune anche dalla «Commissione con compiti di studio, supporto e consulenza in materia di autonomia differenziata», istituita con D.M. 25 giugno 2021 e presieduta dal prof. Beniamino Caravita.

⁵⁴ I cui contenuti sono stati oggetto di serrata critica a partire dalla sua presentazione quale d.d.l.al Senato. Fra gli altri, v. R. DI MARIA, *Prime impressioni sulla bozza di disegno di legge per l'attuazione del c.d. "regionalismo differenziato" ex art. 116, co. 3, Cost.*, in *Diritti regionali*, 2023, n. 1, 199 ss.; P. SCARLATTI, *Il tentativo di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: i profili di carattere procedurale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2023, n. 3; L. CHIEFFI, *I persistenti dubbi di conformità a Costituzione del d.d.l. recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione"*, Atti Camera, *Audizione*, 4 marzo 2024, Commissione Affari costituzionali,

Cosa possiamo osservare calando tutto questo trascorso nell'ambito tematico della sostenibilità costituzionale delle transizioni?

In primo luogo, che una transizione verso la differenziazione delle autonomie regionali che si embrichi in modo sostenibile al multiforme quadro regionalistica repubblicano, è ancora in corso. La circostanza che, con la sentenza n. 192 del 14 novembre 2024⁵⁵, la Corte costituzionale abbia dichiarato illegittimi i commi 791-801 *bis* della legge n. 197 del 2022 – per illegittimità in via consequenziale, sopravvenuta a partire dalla emanazione della legge n. 86 del 2024 – e abbia cancellato molti degli aspetti di quest'ultima⁵⁶, ritenuti particolarmente qualificanti dalla maggioranza parlamentare, non conduce però necessariamente alla conclusione che l'art. 116, co.3, Cost., abbia smarrito la sua ragion d'essere (politica⁵⁷) e la sua forzanormativa⁵⁸. Se «la perdurante inattuazione non è un'opzio-

reperibile all'indirizzo <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.32561.05-03-2024-18-19-26.653.pdf>; A. POGGI, *Editoriale. Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere.*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 3; P. BONETTI, *Osservazioni sui profili costituzionali del disegno di legge A.C. 1665, già approvato dal Senato, recante Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, 2024, n. 1, 357 ss.; L. D'ANDREA, *Brevi notazioni critiche sull'autonomia differenziata*, in *Diritti regionali*, 2025, n.1, 30 ss. V., infine, i numerosi interventi svolti durante il Convegno in memoria di Francesco Teresi "Il regionalismo differenziato", Palermo, 26-27 gennaio 2024, i cui *Atti* sono pubblicati in *Nuove Autonomie*, 2024, n. sp. 1.

⁵⁵ Sentenza definita «storica» da E. CHELI, *La forma dello Stato regionale in una storica sentenza della Corte costituzionale*, in *Astrid Rassegna*, 2024, n. 18; «storica e "magistrale"» da A. SPADARO, *Editoriale. La "quadratura del cerchio" ... o della sent. cost. n. 192/2024.*, in *Diritti regionali*, 2025, n. 1, 1 ss.,1; «un esigente e ambizioso manuale per l'uso della autonomia differenziata» da E. BALBONI, *Un esigente e ambizioso manuale per l'uso della autonomia differenziata: una traccia culturale*, in *Astrid Rassegna*, 2024, n. 18; una «"lezione" sull'autonomia differenziata» da L. DURST, *L'organizzazione territoriale in Italia tra regionalismo e autonomia differenziata: un percorso degli ultimi venti anni*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2024, n. 3, 1 ss., 21.

⁵⁶ ... ma non tutti, adesso l'alto numero di dispositivi di inammissibilità e (in alcuni casi) di non fondatezza dovuti a passaggi "deboli" o non sufficientemente motivati delle tesi delle regioni ricorrenti. Rimane il fatto che dopo tale pronuncia «la legge [è] una specie di casa bombardata di cui restano in piedi solo i muri esterni, una sorta di simulacro dell'originario e assai discutibile progetto di "differenziazione"» (così A. SPADARO, *Editoriale. La "quadratura del cerchio"*, cit., 3).

⁵⁷ Cfr. già N. LUPO, *L'art. 116, terzo comma, della Costituzione: una norma (e un'opportunità) da prendere sul serio*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2019, n. 4, 959 ss.

⁵⁸ ... o per ciò che ne rimane, se si preferisce. Secondo A. SPADARO, *Editoriale. La*

ne seriamente prospettabile» per una disposizione costituzionale⁵⁹, essa impone, semmai, al legislatore di definire con maggiore accuratezza ed entro i limiti costituzionalmente consentiti il percorso da seguire per la sua realizzazione. E se vorrà agire in tal senso⁶⁰, la sentenza n. 192 del 2024 offre numerosissimi elementi per giungere ad una composizione degli interessi in gioco che sia rispettosa del modello cooperativo di autonomia regionale inscritto nella Costituzione repubblicana⁶¹; affinché, insomma, sia «uno strumento dell'eguaglianza sostanziale e non un problema per la stessa»⁶².

In secondo luogo, si tratta di una transizione lunga o lenta ma non impercettibile nei suoi stadi di avanzamento. È maturata dapprima seguendo corsi carsici silenti per poi prorompere nel contesto politico-sociale con una deflagrazione capace di determinare una significativa polarizzazione (controintuitiva, perché figlia di un rimescolamento delle posizioni) delle forze politiche e delle realtà regionali, pur trattandosi, come si è detto, di un istituto ben noto da almeno cinque lustri.

Ancora, si tratta di una transizione *nel* regime a meno che non si

“*quadratura del cerchio*”, cit., 8, l'opera di reinterpretazione della Consulta, pur operando solo sul testo della legge n. 86 del 2024, ha in realtà disposto «un implicito e “indiretto” riconoscimento di illegittimità dello stesso art. 116, III co., Cost., almeno per la laconicità (equivocità/insufficienza/carenza) del testo».

⁵⁹ V. P. LOGROSCINO, *Tra attuazione (ma quale?) e revisione costituzionale: il dilemma del giurista sul regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 2024, n. 3, 685 ss., 713.

⁶⁰ Si è convinti che una legge generale sull'attuazione del regionalismo differenziato sia decisamente opportuna benché non necessaria (si è espresso tale convincimento, comune ad ampia parte della dottrina, all'atto della sottoscrizione dell'Appello rivolto al Presidente della Repubblica su *Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese*, reperibile in *Federalismi.it*, 2019, n. 5). Alcuni Autori ritengono, invece, che l'art. 116, co. 3, necessiti di una legge di integrazione o di attuazione di rango costituzionale (cfr., in tal senso, L. RONCHETTI, *L'attuazione del regionalismo differenziato esige norme costituzionali d'integrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, 117 ss., spec. 131 e 133).

⁶¹ È stato rilevato che «solo alcune scelte relative alle disposizioni “finanziarie” non convincono completamente» (così C. BUZZACCHI, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il regionalismo differenziato*, in *Astrid Rassegna*, 2024, n. 18, 1).

⁶² A. MORELLI, *Editoriale. L'autonomia differenziata alla vigilia dell'approvazione: è possibile un'attuazione ragionevole dell'art. 116, co. 3, Cost.?*, in *Diritti regionali*, 2024, n. 1, 1 ss., 5 e 3. Sul punto v. anche le riflessioni di D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 1, 329 ss., spec. 342 ss.

voglia argomentare che l'art. 2 della l.c. n. 3 del 2001, non solo ponga problemi, pur rilevanti, di composizione interna del rapporto tra la capacità innovativa delle leggi costituzionali e la resistenza ad esse del testo costituzionale⁶³, ma che addirittura costituisca un elemento di rottura formale e sostanziale con l'intero impianto dei principi fondamentali, a tal punto da concludere che la sua attuazione potrebbe precipitare l'intera Repubblica in un nuovo ordinamento costituzionale. Conclusione respinta con fermezza dalla Consulta, che, anzi, individua nell'art. 116, co. 3, Cost. «*un'altra espressione della flessibilità propria del principio di sussidiarietà*», cioè «*una clausola generale di flessibilità che consente a ciascuna regione di chiedere di derogare all'ordine di ripartizione delle funzioni ritenuto in via generale ottimale dalla Costituzione*»⁶⁴.

Questo consente di passare ad una valutazione della sostenibilità costituzionale del processo di attuazione del regionalismo differenziato.

Il punto più critico da esaminare, prima del citato e (in massima parte) risolutivo intervento della Consulta, atteneva al dubbio che la sua messa a regime potesse costituire l'innescodi una crisi sistemica di portata significativa⁶⁵. Ci si chiedeva anche se, una volta giunta al termine, potesse considerarsi una transizione riassorbibile dai principi repubblicani⁶⁶ e, in particolare, da quelli che delineano la nostra forma di Stato nel duplice senso in cui ad essa ci si può riferire, se del caso, attendendo i reali contenuti degli schemi di intesa⁶⁷.

In massima sintesi, la scarsa trasparenza dei momenti di negoziazione con le regioni apripista, le coordinate seguite (per quel poco che è emerso)

⁶³ La tematica, ampia e complessa, non può essere affrontata in questa sede. Per una sua articolata ricostruzione, con particolare riferimento all'art. 116, co. 3, Cost. come modificato dall'art. 2 della l.c. n. 3 del 2001, v.P. PILUSO, *L'art. 116, comma 3: una dubbia "rottura facoltizzata" della Costituzione?*, in *Consulta online*, 2024, fasc. II, 948 ss.

⁶⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 192 del 2024, *Considerato in diritto*, § 4.3. Che l'art. 116, comma terzo, Cost. ponesse «solo un problema d'interpretazione costituzionale e non un più grave problema di attuazione costituzionale» era già rimarcato da O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Diritto @ Storia*, 2017, n. 15, 5 ss., 8.

⁶⁵ Per molti spunti in tal senso v. i contributi raccolti nel n. 1 del 2023 di *Democrazia e Diritto*.

⁶⁶ Cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Per un regionalismo differenziato rispettoso della coesione nazionale. Prime note*, in *Italian Papers on Federalism*, 2019, n. 2, 9 ss.; A. MORELLI, *Editoriale. L'autonomia differenziata alla vigilia dell'approvazione*, cit., 5.

⁶⁷ ... che dovranno essere preceduti «da un'istruttoria approfondita, suffragata da analisi basate su metodologie condivise, trasparenti e possibilmente validate dal punto di vista scientifico» (v. Corte cost., sent. n. 192 del 2024, *Considerato in diritto*, § 4.3).

nella definizione delle pre-intese, le aspre critiche rivolte alla conduzione del lavoro svolto dal «Comitato Tecnico Scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni»⁶⁸ e le disposizioni sul procedimento⁶⁹ di attuazione dell'art. 116, co. 3, così come congegnate dalla legge 86 del 2024 sembravano, tutte assieme considerate, delineare un percorso volto, da un lato, a traghettare la forma di Stato verso un federalismo *sui generis*, in cui i territori avrebbero goduto di poteri di spesa senza responsabilità connesse e, dall'altro lato, a modellare un futuro di autonomia regionale competitiva ad onta del principio egualitario e solidarista⁷⁰, in cui l'assenza di una compiuta garanzia di perequazione delle risorse tra regioni⁷¹ disvelava priorità altre dell'indirizzo politico.

Tutto ciò, come nel gioco dell'oca, porta nuovamente all'inizio del percorso e ad un probabile stallo delle vicende della differenziazione dell'autonomia delle regioni ordinarie.

Percorso «verso l'ignoto»⁷². Stallo di durata imprevedibile. Almeno fintanto che l'attribuzione delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie» indicate nel co. 3 dell'art. 116 non

⁶⁸ V., per tutti, V. TONDI DELLA MURA, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grigie) del «Rapporto finale» del Comitato per l'individuazione dei Lep*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 16, 201 ss.

⁶⁹ Appare, tuttavia, opportuno precisare che alcune di esse – quanto meno quelle dichiarate illegittime o reinterpretate in chiave adeguatrice dalla Corte costituzionale – sotto le mentite spoglie di norme procedimentali, raggiungevano l'effetto concreto (non è dato sapere quanto voluto) di incidere, ad un tempo e in modo ostentato, sui delicati equilibri della forma di governo, della forma di Stato e su alcuni elementari principi di costruzione del sistema delle fonti del diritto.

⁷⁰ Cfr. G. VIESTI, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2023.

⁷¹ Era stato rimarcato come «teleologicamente strumentale all'attivazione della clausola di differenziazione è la necessaria predisposizione di tutte quelle misure, che sono presupposte dall'articolo 119 e quindi dallo stesso art. 116, 3° co.» (cfr. A. PATRONI GRIFFI, voce *Regionalismo differenziato*, cit., 322 s., e ivi richiami alla dottrina di contesto). Tale assunto trova oggi conferma esplicita nella pronuncia n. 192 lì dove la Consulta ribadisce (nuovamente), in modo decisamente assertivo, che «un ordinamento che intende attuare la punta avanzata del regionalismo differenziato non può permettersi di lasciare inattuato quel modello di federalismo fiscale “cooperativo”, disegnato dalla legge delega n. 42 del 2009 e dai suoi decreti attuativi, che ne consente un'equilibrata gestione» (*Considerato in diritto*, § 23.3).

⁷² A. RUGGERI, *Il regionalismo differenziato fa tappa presso la Consulta prima di riprendere il suo viaggio verso ... l'ignoto*, in *Diritti regionali*, 2024, n. 3, 857 ss.

abbandoni lo schema dell'ennesimo uso opportunistico⁷³ o distorto⁷⁴ dell'autonomia regionale.

⁷³Cfr. S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti regionali*, 2019, n. 3.

⁷⁴Di recente, sul punto torna A. RUGGERI, *Editoriale. L'autonomia regionale inappagata, la sua "differenziazione e l'uso congiunturale della Costituzione.*, in *Diritti regionali*, 2023, n. 2, 365 ss.

Abstract

Il contributo svolge riflessioni di contesto sullo stato del processo di transizione verso il regionalismo differenziato di cui all'art. 116, co. 3, Cost, nel più ampio quadro del regionalismo repubblicano.

Brief notes on institutional transitions and constitutional sustainability,
with a look at the implementation process of Article 116,
paragraph 3, of the Constitution

The essay offers some observations on the state of the transition process towards differentiated regionalism ex art. 116, co. 3, of the Constitution, within the broader framework of the republican regionalist model.

Riflessioni sui profili teorici del rapporto fra s.c.i.a. e tutela del terzo nella dimensione procedimentale e processuale

di Antonino Longo

SOMMARIO: 1. La s.c.i.a. nel solco della semplificazione e della liberalizzazione. – 2. La s.c.i.a. fra l'interesse legittimo del terzo e i poteri dell'amministrazione sull'attività: il rimando all'art. 21-*novies*. – 3. L'attualità del problema della tutela del terzo a fronte dell'omesso esercizio del potere inibitorio. – 4. La tutela del terzo fra diritto processuale e sostanziale.

1. *La s.c.i.a. nel solco della semplificazione e della liberalizzazione.*

L'istituto della s.c.i.a. trae le sue origini dalla semplificazione procedimentale amministrativa e trova la sua collocazione sistematica dell'articolo 19, l. n. 241/1990.

Tale inquadramento, tuttavia, appare condivisibile fintanto che si guarda all'assetto normativo che caratterizzava la d.i.a. dalla sua genesi fino alla riforma del 2005, allorché l'istituto, a fronte di un già stratificato percorso legislativo, avrebbe sostanzialmente assunto le connotazioni di un modello paradigmatico volto alla semplificazione istruttoria dei procedimenti relativi a un crescente numero di attività economiche private.

In quest'ottica, la legittimazione del privato a porre in essere l'attività veniva condizionata all'esercizio dei poteri di controllo amministrativi, il cui positivo esito, abilitante l'avvio dell'attività, si sarebbe esplicitato con l'assenza di adozione di provvedimenti di tipo inibitorio, repressivo ovvero conformativo, secondo un meccanismo sovente accostato dalla dottrina a quello di un altro strumento di semplificazione procedimentale: il silenzio assenso¹.

Simili dinamiche di amministrazione delle iniziative private, d'altronde, non risultavano estranee all'ordinamento nemmeno prima dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, ove erano già rinvenibili dichiarazioni private assoggettate ai controlli dell'amministrazione pubblica, suscettibili di disporre l'inibizione dell'esercizio dell'attività per

¹ Sul punto G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 645 ss..

ragioni di ordine pubblico, ovvero assentirvi alla stregua di una licenza tacitamente emessa².

Un siffatto regime procedimentale, per quanto funzionale ad un più agevole esercizio delle facoltà di iniziativa economica del privato, restava, pertanto, ancorato al grado di autoritatività dei poteri pubblici conferito dalla legge.

In tale prospettiva, partendo dal potere autorizzatorio preventivo delineato dal Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1926 – che consentiva il dispiegamento delle iniziative private a seguito del puntuale rilascio di un provvedimento di licenza o di approvazione³ – e passando dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica previsto dall'art.

² O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Parte I, *Concetto e natura delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, pp. 19-20; ID., *Scritti giuridici Scelti – II, Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, p. 43. Secondo E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo: l'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, p. 68, Ranalletti operava una distinzione tra una prima categoria in cui la dichiarazione risultava strumentale all'esercizio della funzione di sorveglianza e una seconda in cui sussisteva uno specifico potere dell'amministrazione di proibire, sussistendone le specifiche ragioni di ordine pubblico, l'attività del privato.

³ Con l'articolo 68, regio decreto 773/1931, inoltre, si disponeva che «*Senza licenza del Questore non si possono dare in luogo pubblico o aperto o esposto, al pubblico accademie, feste da ballo, corse di cavalli, né altri simili spettacoli o trattenimenti, e non si possono aprire o esercitare circoli, scuole di ballo e sale pubbliche di audizione*». All'articolo seguente si stabiliva, poi, che «*Senza licenza della autorità locale di pubblica sicurezza è vietato dare, anche temporaneamente, per mestiere, pubblici trattenimenti, esporre alla pubblica vista rarità, persone, animali, gabinetti ottici o altri oggetti di curiosità, ovvero dare audizioni all'aperto*». Con l'articolo 73, invece, si affermava che «*Non possono darsi o recitarsi in pubblico opere, drammi o ogni altra produzione teatrale che siano, dal sottosegretario di Stato per la stampa e la propaganda, a cui devono essere comunicati per l'approvazione, ritenuti contrari all'ordine pubblico, alla morale o ai buoni costumi*». Analoghe disposizioni, infine, erano previste per la vendita di alcolici, per l'esercizio dell'attività alberghiera, per l'esercizio dell'arte tipografica, litografica, fotografica, la diffusione e l'affissione in pubblico di scritti e disegni, sebbene Acquarone (G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività, profili teorici*, Milano, 2000, p. 36) evidenziasse come un'ipotesi di segnalazione preventiva fosse ravvisabile nel dettato normativo nell'art. 216 del r.d. 1265/1934, a mente del quale doveva essere dato avviso al podestà, nel termine di quindici giorni dall'inizio dell'attività, dell'intento di apertura di una fabbrica o manifattura, e lo stesso potesse discrezionalmente esercitare poteri inibitori o richiedere ulteriori oneri ai fini dell'esercizio. Cfr. S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2016, p. 61 ss.; ID., *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2007, p. 4 ss.; S. LICCIARDELLO, *Percorsi di Diritto Pubblico dell'Economia – Territorio, Beni e Servizi*, Torino, 2008, p. 7.

41 della Costituzione⁴, il modello amministrativo abilitante l'esercizio di

⁴ La stessa carta del lavoro del 21 aprile 1927 sanciva che «lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione», precisando, poi, che «l'organizzazione privata della produzione costituisce una funzione di interesse nazionale» e che «l'organizzatore dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato». La medesima stabiliva, successivamente, che «l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente la iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta».

Invero, la Carta fondamentale sottopone la libertà di iniziativa economica a due tipologie di limiti, l'uno avente carattere negativo (l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana), l'altro positivo (la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali).

Secondo Spagnuolo Vigorita (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 65), l'art. 41 incarna lo «Statuto fondamentale dell'iniziativa economica privata» e «la norma fondamentale e generale in materia». L'Autore sottolinea, infatti, che, «se l'articolo 43 si riferisce a misure in certo senso eccezionali, relative all'esistenza stessa dell'impresa privata come tale e comunque è applicabile soltanto a determinate categorie di imprese, in vista del loro preminente rilievo; se gli articoli 45 e 47 contemplano a loro volta ciascuno un particolare tipo di impresa individuato dalla struttura e dal fine mutualistico (cooperative) o rispettivamente dall'oggetto dell'attività (credito); e mentre l'art. 46, pur presentando una generale applicabilità, si limita ad uno specialissimo aspetto della gestione aziendale (collaborazione operaia); l'art. 41 invece non porta alcuna espressa descrizione o limitazione – per natura, fini o altro – quanto all'oggetto della sua disciplina». La Corte costituzionale, d'altra parte, ha reiteratamente affermato l'intangibilità della libertà di iniziativa economica, stabilendo che la sua eventuale compressione non possa esondare precisi limiti di tollerabilità. Il Giudice delle leggi ha, pertanto, operato il controllo di ragionevolezza sulle scelte legislative incidenti su tale libertà, verificando, nei correlati interventi in sede di controllo di legittimità costituzionale, la coerenza tra i mezzi utilizzati dal legislatore e gli obbiettivi perseguiti (sul punto cfr. S. BARTOLE e R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 403 ss.). La Consulta ha, peraltro, stabilito che l'apposizione di limiti alla libertà di iniziativa economica si inserisce nell'ambito di una riserva di legge implicita, poiché la materia economica è disciplinata «secondo una chiara ispirazione unitaria della quale la regola della riserva di legge pur senza che si possa negare una certa sua varia formulazione, rappresenta sicuramente una costante» (v. Corte costituzionale, 9 aprile 1963, n. 39). Boscolo (E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., p. 80) riconduce le cause della scelta del legislatore di non avvalersi di strumenti quali le dichiarazioni preventive agli «sviluppi più complessivi dell'intero diritto amministrativo» il quale intendeva l'amministrazione «come fonte, e quindi condizione d'esistenza di ogni situazione soggettiva individuale e misura di essa». Eppure, non si manca di osservare come, dopo l'avvento della Costituzione, «il ruolo del potere... ed il fondamento delle libertà del soggetto venne correttamente identificato nella Carta costituzionale e non già

attività private risultava sbilanciato verso la soggezione provvedimentoale in favore dell'amministrazione.

In tale quadro ricostruttivo, non sorprende che il modello semplificatorio della d.i.a. all'alba della legge sul procedimento, prevedesse comunque un atto assertivo per dispiegare il suo effetto abilitante.

Una prima spinta nella direzione della liberalizzazione, ancorché assai timida, si ebbe a partire dalla riscrittura dell'art. 19 operata con la riforma del 1993, con la disposta eliminazione del regime autorizzatorio originariamente contemplato quale titolo per l'avvio di una pluralità di attività economiche. Un'innovazione, questa, che, per quanto circoscritta nella prassi, ha costituito la base di partenza che ha condotto alla definitiva affermazione della legittimazione all'esercizio di quanto oggetto della segnalazione in mancanza di alcun atto di rilievo propriamente provvedimentoale. Fu, poi, l'esigenza di favorire l'incremento della produttività e l'efficienza economico-finanziaria dello Stato a riconoscere la necessità di un mutamento concreto dei processi organizzativi e decisionali dell'amministrazione, e al correlato ampliamento di tutele e garanzie delle posizioni giuridiche dei privati nei confronti dell'azione amministrativa⁵.

Alla fine del secolo XX, infatti, la crisi dello Stato, ormai incapace di fronteggiare gli interessi settoriali di una realtà sociale di aumentata complessità, specie in ragione dell'esiguità delle risorse pubbliche e del ridimensionamento della totalizzante centralità statale rispetto alle situazioni giuridiche soggettive dei privati, ha indotto il legislatore nazionale, anche sulla spinta del diritto comunitario con le sue implementazioni normative

in un atto di autolimitazione dell'Amministrazione».

⁵ Si veda, sul punto, il cd. "Rapporto Giannini" il quale opera una pregevole sintesi dei principali problemi dell'amministrazione dello Stato, in *Foro It.*, 1979, p. 289 ss. e in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1982, p. 722 ss..

e ordinamentali⁶, a riformare e rimodulare ampiamente l'organizzazione della pubblica amministrazione e le relazioni coi privati⁷.

La situazione, infatti, è definitivamente mutata in ragione dei moti di forte liberalizzazione sospinti dalla direttiva Bolkestein, in ragione della quale il regime autorizzativo sulle iniziative private ha assunto i tratti dell'eccezionalità, legittimamente adoperabile dagli ordinamenti nazionali solo ove assolutamente indispensabile.

Recepito nel 2010, il ridimensionamento dei poteri di intervento dello Stato sulla sfera privata ha condotto, per quanto concernente il tema oggetto di trattazione, alla modellazione dell'odierna concezione di s.c.i.a.,

⁶ Sul punto E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, cit., p. 93. In senso contrario L. MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008, p. 3 ss., per il quale «Spesso si è impropriamente riportato l'intero fenomeno delle liberalizzazioni (di per sé profondamente eterogeneo) entro l'ambito interessato dagli influssi comunitari, sino a ritenere che le trasformazioni subite dall'ordinamento amministrativo italiano in questa direzione siano state indotte pressoché esclusivamente dalla ricezione di modelli comunitari. L'introduzione dell'art. 19 nell'ordinamento amministrativo costituisce invece una vicenda sostanzialmente estranea alle concezioni di stampo comunitario».

⁷ Tali riforme hanno conosciuto il momento di svolta con le proposte formulate dalla c.d. "Commissione Nigro" nel 1984. Tra questi vanno enunciati lo "Schema di progetto di legge generale sull'azione amministrativa" predisposto dall'Ufficio per la riforma della Pubblica Amministrazione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (c.d. "progetto Forti" del 1953) e le proposte di legge De Francesco e Lucifredi, rispettivamente del 1955 e del 1958. Il progetto della Commissione Nigro venne, in seguito, come noto, riproposto nel corso della X legislatura e sottoposto a corposi interventi modificatori dall'esecutivo, specie alla luce dei rilievi mossi dal parere del Consiglio di Stato, Adunanza Generale 17 febbraio 1987, n. 7 in *Foro it.*, 1988, p. 22 ss.. Segnatamente, il Consiglio di Stato aveva espresso l'avviso che l'attuazione del regime di "liberalizzazione" dovesse circoscriversi alle fattispecie "vincolate" o in cui i margini di discrezionalità concessi dalle norme all'amministrazione risultassero significativamente limitati. Le modifiche apportate dal governo portano, peraltro, ad incidere fortemente sulla struttura delle dichiarazioni sostitutive delineate: viene, *in primis*, espunto il principio di applicazione generalizzata dell'istituto, con la delega regolamentare per l'individuazione delle ipotesi in cui era possibile effettuare la denuncia; all'esecutivo viene, inoltre, affidato il compito di individuare le fattispecie in cui il privato può dare inizio all'esercizio dell'attività una volta presentata la denuncia e quelle che, invece, debbono essere avviate solo allo spirare di un lasso temporale. Da ultimo, l'inibizione dell'avvio dell'attività viene subordinato all'invito dell'amministrazione al denunciante a conformare, quando possibile, l'attività già avviata o da avviare entro un determinato termine. Sul punto L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, pp. 106-107. Per un più analitico esame di tale complesso iter si rimanda a E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, cit..

una segnalazione di avvio dell'attività posta in essere dal privato, già da principio legittimato all'esercizio della medesima, indirizzata all'amministrazione e propedeutica all'espletamento dei controlli di conformità al diritto da parte di questa.

Da strumento di semplificazione in senso stretto, la norma assurge, così, a paradigma di esercizio delle verifiche amministrative prescritte dalla legge sulle attività private, il cui esercizio è, per l'appunto, "liberato" dalla preliminare ingerenza della pubblica amministrazione.

Si tratta, quindi, come autorevolmente osservato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 2011, di una liberalizzazione "temperata", atto, cioè, non ad inibire qualsivoglia intromissione dello Stato nei confronti dell'attività privata, quanto piuttosto a rimuovere la necessità di un titolo amministrativo abilitante per il suo esercizio.

La prospettiva teorica con cui bisogna approcciarsi al tema della s.c.i.a. è, pertanto, quella del sovvertimento della concezione relativa all'efficacia dei provvedimenti autorizzativi, la cui funzione odiernamente riconosciuta è quella di limitare la sfera giuridica privata, non già di impedirne il pieno dispiegamento.

Va, comunque, osservato che la liberalizzazione perseguita con la segnalazione resta sottesa alla riduzione delle barriere amministrative per l'accesso al mercato e l'esercizio della concorrenza da parte dei privati, affinché le relative iniziative economiche concorrano al consolidamento del mercato comune europeo voluto dai trattati. In altre parole, l'intento di fondo perseguito con l'eliminazione dei provvedimenti abilitativi all'esercizio delle attività soggette alla s.c.i.a. assume in ogni caso i connotati di una semplificazione amministrativa propriamente detta, in cui le fasi procedurali di verifica vengono sostituite dall'operato degli operatori economici, in un'ottica di autoresponsabilità circa la conformità dell'attività posta in capo agli amministrati.

D'altronde, se così non fosse, se cioè l'intento del legislatore fosse stato quello di un'effettiva e autentica liberalizzazione di certe attività private, non sarebbero insorte plurime problematiche relative al bilanciamento tra gli interessi coinvolti, con speciale riferimento alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei terzi, ad oggi rimaste ancora in parte irrisolte.

Tali problematiche sussistono, infatti, in ragione del persistente necessario ruolo regolatore dell'amministrazione, dalla quale dipende il

consolidarsi o meno della legittimità dell'esercizio dell'attività segnalata, ancorché posteriore e a formazione "agevolata", che si riflette logicamente sulla possibilità di prestare tutela all'interesse del terzo alla cessazione o conformazione della stessa, ove lesiva della propria situazione giuridica soggettiva.

2. *La s.c.i.a. fra l'interesse legittimo del terzo e i poteri dell'amministrazione sull'attività: il rimando all'art. 21-novies*

Prima della novella del 2011, che ha definitivamente optato per la tesi privatistica, l'istituto è stato protagonista di un ampio e vivace dibattito circa la sua effettiva natura giuridica, specie a seguito della riforma del 2005, la quale ha introdotto la facoltà di avvalersi dei poteri di autotutela sul titolo abilitante rappresentato dalla segnalazione, sussistendone le condizioni previste dall'artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, suggerendo, così, a parte significativa della dottrina e della giurisprudenza di inquadrare la s.c.i.a. quale provvedimento abilitante implicito, configurato per mezzo dell'inerzia dell'amministrazione. In quest'ottica, la segnalazione si configurava precisamente come un'istanza del privato, volta all'ottenimento dell'assenso tacito dell'amministrazione, di natura amministrativa e a formazione progressiva.

L'impostazione pubblicistica della conformazione giuridica della s.c.i.a. aveva il pregio di arginare le non indifferenti perplessità relative all'effettiva tutela del terzo cagionate dall'assenza di un atto amministrativo impugnabile d'innanzi al giudice amministrativo; il valore abilitante attribuito all'inerzia, infatti, poteva essere impugnato dal terzo tramite l'azione di annullamento, meccanismo di tutela giurisdizionale del tutto analogo, d'altronde, a quello delineato per il silenzio assenso.

Un siffatto assetto giuridico, tuttavia, contraddiceva in maniera inconciliabile sia la valenza di strumento di semplificazione dell'istituto, in quanto sostanzialmente replicante l'art. 20 della legge sul procedimento, sia gli intenti di liberalizzazione, poiché riproponente uno schema procedurale di stampo autorizzativo.

La tesi privatistica accolta dall'Adunanza Plenaria del 2011 inquadrava correttamente la segnalazione come atto informativo piuttosto che come

richiesta privata deputata all'acquisizione di un silenzio assertivo-provvedimentale, necessario all'esercizio dei controlli amministrativi sull'attività⁸.

La posizione giuridica del segnalante non varia, non viene modificata, cioè, dall'amministrazione al consolidarsi della s.c.i.a., sicché il limite alla realizzazione dell'interesse del privato è rappresentato soltanto dall'adozione di un provvedimento inibitorio, volto alla tutela dell'interesse pubblico, nelle ipotesi in cui manchino i requisiti prescritti per l'esercizio dell'attività.

L'unica giustificazione della presenza amministrativa in un ambito liberalizzato è da ricercare nell'esigenza di assicurare un controllo sulla comunicazione che accompagna il libero dispiegamento della posizione soggettiva del privato, ciò in quanto la s.c.i.a. estrinseca la titolarità di una posizione soggettiva immediatamente riconosciuta dall'ordinamento in capo al denunciante, permettendogli di soddisfare compiutamente il proprio interesse, previa l'imprescindibile interazione con la pubblica amministrazione, in ragione di un c.d. "contatto amministrativo", effettuato mediante la dichiarazione.

Tale statuizione certifica l'imprescindibile esigenza, colta dall'Adunanza, di sciogliere la pressante incertezza ermeneutica dell'art. 19 alla luce della liberalizzazione delle iniziative economiche private nonché della semplificazione dell'esercizio delle funzioni amministrative. In altre parole, secondo questa impostazione, non risulterebbe ascrivibile alcuna efficacia di atto amministrativo all'esito delle verifiche sulla s.c.i.a., ma semplicemente l'interruzione, ovvero la prosecuzione, meramente fattuale, dell'attività, restando così tagliate fuori sia le eventuali lesioni degli interessi dei terzi che, chiaramente, anche le possibilità di intervento in autotutela dell'amministrazione⁹.

Il potere di indirizzo dell'Adunanza Plenaria n. 15/2011 emerge dallo schema dell'art. 6 della l. 14 settembre 2011, n. 148, secondo cui la denuncia, la comunicazione e la segnalazione certificata di inizio attività «*non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili*» e sono senz'altro

⁸ Secondo la definizione formulata da Forti (U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1915, p. 607 ss.), nel controllo sarebbe identificabile un «*giudizio circa la rispondenza di determinate attività a determinate norme e principi*».

⁹ C. LAMBERTI, *L'adunanza plenaria si pronuncia sulla dia – il commento*, in *Urb. app.*, 2011, p. 1189.

espressione della imprescindibilità di una politica di liberalizzazione sul tema¹⁰.

Se al soggetto dichiarante è chiaramente riconosciuto un interesse oppositivo avverso i provvedimenti inibitori dell'amministrazione, al terzo è garantito quello pretensivo al corretto esercizio dell'obbligo di verifica da parte dell'amministrazione, il tutto in una dimensione temporale perentoriamente dettata dalla norma, oltre la quale la pubblica amministrazione decade dalla facoltà di avvalersi di tali poteri¹¹.

L'interesse legittimo del soggetto terzo può assumere molteplici forme, finanche le più sfuggenti, come elaborato dalla giurisprudenza più recente sul tema.

Ancorché la cd. *vicinitas* sia di per sé insufficiente a configurare una condizione per l'azione a tutela, come statuito dall'Adunanza Plenaria n. 22 del 2021, è evidente che essa sia idonea a rappresentare la base per la sussistenza di lesioni di interessi giuridicamente apprezzabili anche al di fuori di una posizione giuridica soggettiva civilisticamente rilevante, quali la titolarità di un diritto reale di godimento¹².

D'altronde, il presupposto imprescindibile all'inibizione dell'attività lesiva e la sua illegittimità, in senso ampio, qualora finisca col pregiudicare,

¹⁰ Nel solco della sostantiva liberalizzazione operata con la legge 122/2010, l'art. 3 del decreto legge n. 138/2011, emblematicamente rubricato "Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche", stabilisce che «*Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica*», statuendo, poi, al comma 2, che «*Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese*».

La norma si premura di fornire i necessari chiarimenti circa la valenza innovativa che l'istituto aveva ormai assunto, al fine precipuo di incoraggiarne la piena ed effettiva attuazione all'interno dell'ordinamento e con ciò garantire la piena conformità al diritto unionale, sebbene sia stato ritenuto che il legislatore abbia voluto dare sostanza normativa a gran parte della ricostruzione concettuale e funzionale dell'istituto fornita dal Consiglio di Stato.

¹¹ C. LAMBERTI, *L'adunanza plenaria si pronuncia sulla dia – il commento*, cit., p. 1187.

¹² Cons. St., Sez. II, 23 giugno 2025, n. 5423.

in ogni modo possibile, l'interesse del terzo, legittima, ed anzi rende doveroso, l'intervento dell'amministrazione, a condizione che tale pregiudizio sia effettivo e meritevole di tutela da parte dell'ordinamento¹³.

In merito ai poteri amministrativi esercitabili sull'attività oggetto della s.c.i.a., segnatamente quelli di cui al comma 4 dell'art. 19, rappresenta ormai un dato consolidato la sua non corrispondenza con il potere di annullamento di cui all'art. 21-*novies*, specie a seguito della pronuncia della Corte costituzionale del 2019, sicché la sua ricostruzione in termini di potere di autotutela resta impropria¹⁴.

La conseguenza primaria, dunque, è l'impossibilità di ricondurre l'intervento discrezionale sulla segnalazione nel novero dei provvedimenti amministrativi di secondo grado, come non potrebbe essere in ragione della natura squisitamente privatistica della stessa.

L'esercizio di tale categoria di potere si rende necessario qualora risulti spirato il termine di sessanta o trenta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori di carattere vincolato, posto a tutela dell'affidamento del segnalante sulla stabilità dell'esercizio dell'attività rispetto all'obbligo di verifica di legittimità imposto dalla legge in capo alla parte pubblica.

Una precisazione resta doverosa: se il potere *ex art. 21-novies* presenta i connotati di un'ampia discrezionalità amministrativa, non attinente, quindi, soltanto all'apprezzamento circa il suo contenuto, ma anche relati-

¹³ Certamente, il collegamento con la titolarità di posizioni di diritto soggettivo dominicale deve essere inteso come collegato anche all'intervenuto o potenziale – seppur dimostrato – nocumento derivante dalla realizzazione di un intervento edilizio ritenuto *contra legem*, coincidente con il possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero con la compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che si trovino in durevole rapporto con la zona interessata. In particolare, possono essere considerati a tal fine la diminuzione di aria, luce, visuale o panorama (ancorché esulanti dai limiti di tutela del diritto dominicale), appunto, così come le menomazioni di valori urbanistici o le degradazioni dell'ambiente in conseguenza dell'aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovraffollamento o aumento del traffico (*ex multis*, Cons. St., sez. II, 11 aprile 2024, n. 3310).

¹⁴ Cons. St., Sez. II, 23 giugno 2025, n. 5423.

vamente all'adozione dell'atto medesimo, lo stesso non vale per il potere di cui al comma 4 dell'art. 19.

D'innanzi all'impulso del terzo, dunque, sussiste l'obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento motivato, fosse anche di rigetto dell'istanza¹⁵.

3. *L'attualità del problema della tutela giurisdizionale del terzo a fronte dell'omesso esercizio del potere inibitorio*

Si è parlato della posizione giuridica del terzo rispetto all'esercizio della libera attività del privato segnalante, un interesse legittimo intimamente collegato all'adempimento della funzione di controllo dei requisiti settoriali normativamente imposti ai fini del legittimo esercizio.

Con il comma 6-ter dell'art. 19 della l. n. 241/1990, al terzo viene conferita la facoltà di «*sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione*», il che si traduce, come osservato, nell'esclusivo riconoscimento della possibilità di ottenere in via giudiziale l'attivazione dell'amministrazione inerte, e nulla più di questo.

L'accesso alla tutela giurisdizionale, quindi, in materia di s.c.i.a., è riservato al soggetto "interessato", da intendersi come titolare di una

¹⁵ Va ricordato come, in materia urbanistico-edilizia, la giurisprudenza abbia ricondotto la ritenuta sussistenza dell'obbligo di riscontro formale oltre che alla peculiarità della disciplina dell'autotutela di cui all'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, all'immanenza sulla stessa dei poteri di vigilanza. Ciò, a maggior ragione alla luce delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale (Corte cost., sentenza n. 45 del 13 marzo 2019) la quale – pur riconoscendo di non potere intervenire sui vuoti normativi esistenti nel sistema – li ha ampiamente evidenziati (sul punto, v. Cons. St., sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737, che richiama id., 13 febbraio 2017, n. 611, nonché sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610). La «[...] *prospettiva più ampia e sistemica che tenga conto dell'insieme degli strumenti apprestati*». Ciò ha fatto ritenere configurabile il silenzio-inadempimento anche nelle ipotesi di inerzia dell'Amministrazione a fronte dell'invito all'esercizio di poteri repressivi di abusi edilizi da parte del privato confinante, senza che, tuttavia, ne consegua anche un obbligo di riscontro, a maggior ragione laddove il Comune non si determini in senso ripristinatorio, qualora, ad esempio, degli ipotizzati abusi non ravvisi gli estremi. Sicché, decorso anche il termine annuale dallo spirare di quello per l'esercizio dei poteri vincolati, la posizione del segnalante si consolida e l'esercizio dell'attività non può più essere inibito, con notevoli ripercussioni sulla sfera giuridica del terzo (Cons. St., Sez. II, 23 giugno 2025, n. 5423).

situazione giuridica soggettiva di vantaggio idonea a differenziarlo dal *quisque de populo*.

Quello della necessità della sussistenza di un interesse legittimo ovvero di un diritto soggettivo in capo al terzo rappresenta, d'altronde, il presupposto necessario, ma non perciò sufficiente a configurare l'accesso alla tutela giurisdizionale da parte del terzo.

Sotto il profilo esegetico, invero, la configurazione della situazione del terzo veniva inquadrata come diritto soggettivo attribuito dalla legge, in quanto legittimante l'azione del privato apparentemente contenuto in una dimensione squisitamente privatistica, da cui se ne faceva conseguire la giurisdizione del giudice civile sulle relative controversie¹⁶.

Con il progressivo avanzamento della spinta liberalizzante, si è consolidata una visione del rapporto in cui è la condotta dell'amministrazione a determinare la lesione giuridica nei confronti del terzo, ben suscettibile di apprezzamento giudiziale, definitivamente individuato nel giudice amministrativo dall'avvento del codice del processo.

Ora, occorre premettere che la norma si premura di qualificare l'interesse diretto – inteso nei termini di utilità perseguibile in astratto per mezzo del processo – all'azione giudiziale che, non potendo che consistere in quella prevista dall'art. 31 c.p.a., si traduce nel provvedimento dell'amministrazione.

Appare evidente come, nell'ambito del novero di mezzi di tutela di interessi legittimi profilato dal codice del processo amministrativo, a valle del confronto teorico e applicativo che ha evidenziato le incongruenze di una tutela di ispirazione provvedimentale rispetto all'esercizio dell'attività, il meccanismo di garanzie predisposto dalla riscrittura operata dalla legge

¹⁶ E. BOSCOLO, *Sulla (non) impugnabilità della denuncia di inizio attività*, nota a TAR Veneto, Venezia, sez. II, 20 giugno 2003 n. 3405, in *Urb. e app.*, 4, 2003, p. 1209 ss. afferma che l'eliminazione del provvedimento abilitativo comporterebbe il superamento della diramazione tra tutela civile e amministrativa. Sul punto anche A. DE ROBERTO, *Silenziò assenso e legittimazione «ex lege» nella legge Nicolazzi*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 163 ss. Del medesimo avviso A. TRAVI, *Silenziò-assenso e legittimazione «ex lege» nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, p. 601 ss. Questa dottrina non manca di rilevare, tuttavia, come, così ritenendo, la tutela del terzo potrebbe risolversi sovente in una mera responsabilità aquiliana del denunciante/segnalante. Tale opzione ha prevalso sull'idea «di forzare la struttura del modello per mantenere inalterata la possibilità di tutela dinanzi al Giudice Amministrativo».

Madia abbia mancato di conferire quella tanto agognata sistematicità all'assetto di interessi sottostante alla segnalazione.

In particolare, quello della tutela concessa al soggetto terzo che fosse portatore di un interesse giuridicamente rilevante all'esercizio del potere inibitorio vincolato resta il problema più complesso e attuale, che si estrinseca nella virtuale impossibilità del terzo di agire a tutela del proprio interesse leso dall'esercizio dell'attività oggetto di segnalazione, alla quale il legislatore pare non riconoscere adeguata meritevolezza.

D'altra parte, l'obiettivo che l'ordinamento deve perseguire è la salvaguardia delle posizioni giuridiche soggettive garantite dall'adozione di poteri autorizzativi sull'attività¹⁷.

La questione, in definitiva, ruota attorno al rapporto di corrispondenza dell'interesse privato all'esercizio dei poteri interdittivi sull'attività,

¹⁷ R. BERTOLI, *S.C.I.A. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. Ital. di Dir. pubbl. com.*, 2017, pp. 1381 ss..

correlati ai profili di illegittimità di quest'ultima, a loro volta riconducibili, in senso ampio, all'onere di rispettare, tra l'altro, l'altrui sfera giuridica.

Parte significativa della dottrina¹⁸ e della giurisprudenza¹⁹ si è, pertan-

¹⁸ Merita, senz'altro, particolare attenzione l'opinione espressa da Guido Greco (G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, cit., pp. 645 ss., secondo cui la lesione del terzo non deriva dal mancato esercizio dei poteri di autotutela, ma «*sempre e comunque dall'inerzia dell'amministrazione rispetto all'esercizio "doveroso" dei suoi poteri inibitori generali, che sono gli unici idonei a contrastare ogni forma di illiceità dell'attività oggetto di s.c.i.a. [...] Tale lesione, dunque, deve pur essere giustiziabile, perché non si può concepire che la lesione del terzo rimanga senza tutela a causa della scelta legislativa dello strumento processuale da attivare. [...] La circostanza che il potere inibitorio risulti "consumato" per l'amministrazione non può costituire un limite per la tutela del terzo*». Aggiunge, di conseguenza, l'Autore che l'inerzia a cui allude il comma 6-ter è da riferire al procedimento di controllo vincolato, di cui al comma 3 dell'art. 19; mentre le sollecitazioni del terzo non aprono alcun ulteriore procedimento, né rimettono in termini l'amministrazione con riguardo a tale potere di controllo, ma esse costituiscono soltanto un presupposto dell'azione contro il silenzio. Orbene, sulla base di queste premesse, secondo l'Autore, l'oggetto della tutela processuale del terzo è «l'inerzia prodottasi sul procedimento avviato con la s.c.i.a.», proprio perché la lesione della sua posizione deriva dall'omesso esercizio del potere di divieto vincolato. Il che comporta «*rilevanti ripercussioni sul modello del giudizio sul silenzio*», che subisce «*una vera e propria metamorfosi, passando dall'accertamento su di un potere illegittimamente non esercitato, ma persistente, all'accertamento su di un potere illegittimamente non esercitato e ormai consumato. Sarà, dunque, l'ordine del giudice a riattivare, ore per allora, detto potere ed imporne il relativo esercizio*». L'Autore, comunque, ammette che la propria costruzione potrebbe incontrare qualche difficoltà, «*ma proprio perché sussiste ora la necessità (comma 6-ter) di utilizzare sempre e comunque il giudizio sul silenzio inadempimento, l'individuazione del relativo oggetto (conformemente alle esigenze anche di ordine costituzionale) costituisce un prius rispetto alla disciplina processuale vera e propria*». Mentre le altrettanto interessanti tesi di Francesca Trimarchi Banfi (F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 25 ss.), sembrano, per lo più, fondarsi sul comma 2 dell'art. 21, comma ora abrogato. Tant'è che, secondo l'Autrice, una volta consumatosi il potere inibitorio, l'oggetto della sollecitazione del terzo, suscettibile di dare luogo a silenzio-inadempimento, è l'«*esercizio dei poteri repressivi-ripristinatori, in virtù della pretesa all'attuazione dell'assetto normativo vigente, nel quale è incluso l'interesse del terzo*». Sembra di questo avviso anche Margherita Ramajoli (M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, pp. 350-351).

¹⁹ Secondo parte della giurisprudenza, compresa quella del TAR Toscana, di cui subito si dirà nel testo, la sollecitazione del terzo farebbe «risorgere» il potere inibitorio di cui al comma 3 dell'art. 19. Cfr., da ultimo, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 30 maggio 2017, n. 1211, secondo cui «*laddove l'istanza [del terzo] pervenga entro sessanta giorni dal momento in cui tale soggetto risulta aver avuto conoscenza dei profili lesivi dell'intervento, l'amministrazione sarà tenuta ad esercitare, sussistendone i presupposti, pieni poteri inibitori, poiché — in difetto — il terzo subirebbe una diminuzione della tutela accordatagli rispetto a chi sia lesa da un permesso di costruire*»

to, impegnata nell'elaborazione di possibili soluzioni a tutela dell'interesse del terzo: la paralisi e la completa eliminazione, sul piano anzitutto materiale, dell'attività compiuta dal controinteressato/segnalante.

Si è a lungo teorizzato, in tal senso, che tale intento potesse conseguirsi per mezzo dell'accertamento giudiziale circa la fondatezza della diffida, un passaggio, per così dire, immediatamente preliminare all'eventuale esperimento dell'azione di adempimento, cioè della condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento in esito alla diffida pervenuta, ai sensi del comma 3 dell'art. 19.

Ciò implicherebbe, nella maggior parte dei casi, la riattivazione del potere inibitorio vincolato, oramai decaduto, sussistendo l'obbligo di attivazione dei poteri discrezionali soltanto relativamente al riscontro della diffida del terzo, non anche nel merito della illegittimità dell'attività, specie in relazione alle condizioni applicabili in ragione del rimando all'art. 21-*nonies*.

A ben vedere, una valida alternativa all'assetto così configurato sarebbe quella di intervenire sulla decorrenza del termine decadenziale per la

(Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 15 aprile 2016, n. 735; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 1 luglio 2015, n. 1114 (commentata da G. F. NICODEMO, *Scia edilizia, i poteri di verifica della p.a. possono essere sollecitati in ogni tempo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2478, e da D. LAVERMICOCCA, *Dia e scia, tra affidamento del proprietario, poteri inibitori e tutela del terzo*, in *Urb. app.*, 2016, p. 344 ss.); TAR Campania, Napoli, sez. III, 5 marzo 2015, n. 1410; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 21 dicembre 2015, n. 1383, secondo cui «*allorquando la verifica sulla liceità dell'attività oggetto di dia/scia è richiesta dal privato ai sensi del comma 6-ter dell'art. 19, in ciò concretizzandosi l'unica tutela concessa al terzo leso dall'attività intrapresa, il divieto di prosecuzione dell'attività o l'inibitoria deve potersi svolgere in modo pieno e senza i limiti propri dell'autotutela avviata d'ufficio. Per cui, una volta accertata l'illiceità dell'intervento, l'amministrazione ha il dovere d'intervenire per ripristinare la legalità violata, senza che tale azione debba scontare i limiti previsti per le attività di verifica attivate d'ufficio dall'amministrazione e indicati nell'art. 21-nonies, comma 1, l. 241/1990*»; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1038; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 21 novembre 2014, n. 2799. Quest'ultima, nell'individuare i casi in cui l'amministrazione può legittimamente inibire tardivamente la s.c.i.a., è stata tra le prime sentenze a rilevare che «*l'intervento inibitorio è doveroso laddove la carenza dei presupposti della d.i.a. sia denunciata dal terzo, titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata, ai sensi del richiamato comma 6-ter del medesimo articolo 19*». Anteriormente all'introduzione del comma 6-ter e, comunque, ben prima della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, certa giurisprudenza, come Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, cit., muoveva dalla «*premessa concettuale secondo cui il terzo che si ritenga leso da una attività svolta sulla base di una d.i.a. deve avere, in linea di principio, le stesse possibilità di tutela che avrebbe avuto a fronte di un provvedimento di autorizzazione*». A quanto pare, la più recente giurisprudenza muove proprio da tale premessa.

proposizione dell'azione avverso il silenzio, fissandola nella data di avvenuta conoscenza dell'attività pregiudicante da parte del terzo.

La giurisprudenza ha chiarito come il ricorso del terzo alla tutela giurisdizionale produca l'effetto assorbente rispetto al tema della decorrenza del termine per l'esercizio dei poteri amministrativi e la conseguente loro caducazione²⁰.

Il presupposto di siffatto approdo risiede, condivisibilmente, nel fatto che il potere amministrativo da esercitare sulla s.c.i.a. non trovi più fondamento nella norma corrispondente, quanto nell'effetto conformativo caratterizzante la statuizione giudiziale, in ossequio al principio di effettività della tutela il quale rende la durata del processo insuscettibile di pregiudicare, per ciò solo, la pretesa del ricorrente²¹.

Resta attuale la problematica circa l'assenza di un effetto sospensivo dell'attivazione del terzo per l'esercizio dei poteri di verifica, lucidamente sottolineata anche dalla Corte costituzionale²².

D'altronde, questa impostazione permetterebbe al terzo di agire giurisdizialmente al fine di ottenere la condanna dell'amministrazione a svolge-

²⁰ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 11 agosto 2020, n. 5006.

²¹ Cons. St., Sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737.

²² Nella sentenza n. 45 del 2019 si rimarca, infatti, «[...] l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere».

re le verifiche impostegli dalla legge, il che gli conferirebbe la possibilità di perseguire un ristoro concreto del suo pregiudizio²³.

4. *La tutela del terzo fra diritto processuale e sostanziale*

Sotto altro profilo, come confermato anche dalla Consulta²⁴, la tutela perseguibile mediante il processo resta strettamente ancorata al diritto sostanziale²⁵, con la conseguente tendenziale incapacità per il terzo di

²³ In dottrina s'è recentemente giunti a questa soluzione processuale sul presupposto che non sia la diffida del terzo ad attivare il potere di cui al comma 3, bensì soltanto il comando giudiziale, frutto dell'azione contro il silenzio. Cfr. G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, cit., che, non a caso, parla (p. 664) di «*dissociazione*» tra l'oggetto delle sollecitazioni e l'oggetto della tutela giurisdizionale». In passato, certa giurisprudenza ha raggiunto il medesimo obiettivo, valorizzando gli effetti conformativi della sentenza di accertamento dell'inesistenza dei requisiti di legge. Effetti che farebbero addirittura sorgere un potere autonomo (ma identico negli effetti) a quello previsto dalla disciplina sostanziale del modello di controllo. Si allude, in particolare, a Cons. St., sez. IV, 15 aprile 2010, n. 2139, in *www.giustiziaamministrativa.it*, secondo cui la «*sentenza che accerta l'inesistenza dei presupposti della d.i.a. ha effetti conformativi nei confronti dell'amministrazione, in quanto le impone di porre rimedio alla situazione nel frattempo venutasi a creare sulla base della d.i.a., segnatamente di ordinare l'interruzione dell'attività e l'eventuale riduzione in pristino di quanto nel frattempo realizzato. Tale potere, in quanto volto a dare esecuzione al comando implicitamente contenuto nella sentenza di accertamento, deve essere esercitato a prescindere sia dalla scadenza del termine perentorio previsto dall'art. 19 l. 241/1990 per l'adozione dei provvedimenti inibitori-repressivi, sia dalla sussistenza dei presupposti dell'autotutela decisoria richiamati sempre dall'art. 19. Non si tratta, infatti, né di un potere di autotutela propriamente inteso [...], né del potere inibitorio tipizzato dall'art. 19. Si tratta, al contrario, di un potere che ha diversa natura e che trova il suo fondamento nell'effetto conformativo del giudicato*».

²⁴ Si allude alla sentenza della Corte costituzionale 9 marzo 2016, n. 49, che ha dichiarato incostituzionale la legge urbanistica Toscana, laddove consentiva ai Comuni di inibire le s.c.i.a. edilizie tardivamente, ma prescindendo dalle condizioni dell'autotutela.

²⁵ Le efficaci parole sono di A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro. it.*, 2011, pp. 517-522., laddove (p. 519), condivisibilmente aggiunge: «*lo stretto legame del diritto processuale al diritto sostanziale comporta, però, innanzitutto, che le utilità conseguibili dal processo debbano essere coerenti con il diritto sostanziale. Non esiste un nucleo assoluto di utilità che il terzo possa conseguire dal ricorso giurisdizionale, ma le utilità conseguibili con ricorso sono definibili solo in base al diritto sostanziale. Infatti, la pretesa della parte che trova tutela nel processo è la pretesa configurata dal diritto sostanziale; il processo non può "inventare" figure o pretese giuridiche che non esistono nel diritto sostanziale*». Cfr. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. - s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, pp. 1254-1258.

ottenere un ristoro materiale della sua posizione giuridica, stante una configurazione normativa sostanziale che gli impone di attendere lo spirare del termine per l'esercizio dei poteri inibitori vincolati e la possibilità di sollecitarli solo una volta configuratasi l'inerzia dell'amministrazione, allorché il medesimo non può prescindere dall'apprezzamento discrezionale di quanto richiesto all'art. 21- *novies*²⁶. Un *vulnus*, questo, che, in disparte la difficoltà oggettiva di configurare un bilanciamento tra i differenti interessi privati in gioco, aggravata dall'immaturità di un sistema processuale a fronteggiare ambiti liberalizzati, dovrebbe trovare la propria composizione proprio a partire dalla conformazione dell'art. 19.

D'altra parte, in merito ai rilievi generali sollevati circa l'estensione della tutela giurisdizionale del terzo nel processo amministrativo, al fine di poter garantire un'adeguata protezione, appare necessaria una corretta

²⁶ Scrive F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. – s.c.i.a.*, cit., p. 1255, nell'esaminare la tesi di Guido Greco, secondo cui il potere inibitorio vincolato riviverebbe su ordine del giudice amministrativo, che «nel valutare la praticabilità di una siffatta ricostruzione si deve tuttavia considerare che l'interesse pubblico è affidato alla cura dell'amministrazione sulla base del regime che il legislatore ha prescelto, anche per ciò che riguarda i termini per l'esercizio. Rispetto a una disciplina così fatta e ad un interesse generale così determinato il terzo non dovrebbe poter ottenere più dell'attuazione del diritto obiettivo ed il giudice non potrebbe fare più di quanto non possa la stessa amministrazione cui la cura di quell'interesse è affidata, con condizioni e tempi che tengono conto del temperamento degli interessi operato in sede normativa. Tra questi, l'affidamento del segnalante ha un suo specifico rilievo, imponendo un onere di tempestività e dell'azione amministrativa e dell'eventuale iniziativa in opposizione del terzo». Occorre precisare che l'Autore parla di tempestiva opposizione del terzo, perché sostiene che lo stesso terzo potrebbe garantirsi l'inopponibilità della decadenza legale del potere inibitorio diffidando l'amministrazione prima della scadenza del termine (si tornerà sul punto *infra*, nell'ultimo paragrafo del presente contributo). Dello stesso avviso A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, cit., pp. 517-522: «mi sembra difficile concludere che il ricorso del terzo, previsto per la d.i.a., possa avere l'effetto di convertire il potere dell'amministrazione da discrezionale in vincolato: l'azione giurisdizionale non incide sulle caratteristiche del potere, che sono e rimangono quelle definite dal diritto sostanziale». Quest'ultimo Autore, in precedenti contributi, aveva chiaramente affermato che il giudice non può ordinare l'esercizio di un potere estintosi. Anche G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 172, nota 154, critica l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il terzo potrebbe pretendere l'esercizio di un potere consumatosi, a danno dell'affidamento del segnalante. Egli osserva che, riconoscendo al terzo una «antiquata forma di co-tutela a che ogni attività sia intrapresa nel rispetto della normativa vigente» si determina «una forzatura delle regole, (specie oggi, alla luce della legge Madia), nonché della ratio e della natura dell'istituto, metodologicamente discutibile».

qualificazione normativa del suo interesse²⁷ laddove, nell'attuale quadro, l'aspirazione del terzo all'inibizione amministrativa dell'attività costituisce posizione differenziata rispetto a quella della generalità dei consociati sostanzialmente trascurabile.

E ciò appare tanto più discutibile ove si consideri che anche situazioni non normativamente contemplate abbiano assunto il carattere di rilievi legittimanti l'accesso alla tutela giudiziale. Si pensi alla semplice *vicinitas*, come elaborata dalla giurisprudenza, la quale trova sovente rilievo nella valutazione circa l'ammissibilità di un accoglimento della domanda giudiziale sollevata dal terzo²⁸.

La condizione di *vicinitas* del terzo rispetto ad un'attività privata oggetto di autorizzazione costituisce già una prima forma di differenziazione che connota i terzi rispetto al *quisque de populo* e che, pertanto, attribuisce una forma di legittimazione ad agire in giudizio, in quanto suscettibile di

²⁷ F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 164 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 332 ss..

²⁸ Trattasi di concetto giuridico ampiamente dibattuto in seno alla giurisprudenza amministrativa che, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, si è fatta carico del faticoso compito di individuarne il giusto punto di equilibrio, in materia urbanistica e edilizia, tra le esigenze di legittimità nell'espletamento dell'attività edificatoria e di rispetto degli istituti caratteristici del diritto amministrativo, con particolare riferimento, appunto, al tema della legittimazione ad agire. Secondo l'orientamento ormai consolidato del Consiglio di Stato sul tema in parola, la correlazione materiale stabile tra il fatto da cui origina il pregiudizio e la legittimazione ad agire del terzo va verificata alla luce dei due criteri della qualificazione e della differenziazione che impongono di accertare quali siano i dati normativi di riferimento che consentono di qualificare l'interesse azionato come giuridicamente tutelato e protetto nonché il criterio che differenzia la situazione in relazione ad un potere amministrativo concretamente esercitato (o in corso di esercizio nell'ambito del procedimento): «*al primo momento dell'indagine è, quindi, incentrato necessariamente sul dato normativo, sebbene la distinzione concettuale tra qualificazione e differenziazione non coincida, tuttavia, con la differenza tra dimensione normativa o astratta e dimensione fattuale o concreta; infatti, se è vero che la qualificazione rileva in via astratta essendo l'ordinamento complessivamente inteso ad elevare l'interesse a situazione generale protetta, è altrettanto vero come anche la differenziazione non è operazione logica imperniata su soli dati fattuali; al contrario, è, comunque, lo stesso ordinamento a tracciare i confini oggettivi e soggettivi della regola istitutiva di protezione con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo, compenetrando, quindi, il dato squisitamente giuridico con quello più eminentemente fattuale*» (cfr. Cons. St., sez. VI, 23.09.2025, n. 7480; nello stesso senso Cons. St., sez. VI, 19.06.2025, n. 5357; id., 02.04.2025, n. 2790; id., 30.08.2023, n. 8074; id., 21 marzo 2016, n. 1156; id., 11 giugno 2015, n. 2861.).

costituire un collegamento materiale stabile rispetto al fatto da cui deriva il pregiudizio²⁹.

Sul piano sostanziale, invece, la differenziazione non può che poggiare sull'oggetto della pretesa, sulla posizione assunta rispetto agli interessi multipli e differenziati perseguiti dall'amministrazione, rispetto al quale il ricorrente è titolare di un interesse meritevole di tutela.

Come sostenuto da autorevole dottrina, infatti, la lesione dell'interesse sostanziale, spesso ricondotto alla sfera dell'interesse a ricorrere, costituisce elemento caratterizzante della legittimazione ad agire, giacché strettamente interconnessa all'interesse che si afferma di voler garantire in giudizio³⁰. Diversamente, l'interesse a ricorrere consiste nell'utilità che può trarre il ricorrente dalla pronuncia giudiziale, proprio in conseguenza necessaria al pregiudizio materialmente subito. Si tratta, quindi, di un'utilità che, sebbene possa – ma non necessariamente – consistere nella effettiva riparazione dell'interesse che si assume leso, si configura quale generica posizione di vantaggio che il ricorrente può trarre dall'eventuale accoglimento del ricorso³¹.

In tali casi, sebbene i terzi risultino titolari di interessi di mero fatto, non contemplati da alcuna norma, la relativa posizione risulta suscettibile di assumere una “dignità giuridica” in ragione della rilevanza dell'oggetto della pretesa individuata da una valutazione sistematica e complessiva operata dal giudice amministrativo, che potrebbe qualificare tali interessi sul piano delle vere e proprie situazioni giuridiche³².

Dove, insomma, è giunta la prassi interpretativa, pare non essere arrivata la sensibilità del legislatore.

Essendo l'interesse primario del terzo il ristoro della sua posizione giuridica *ante* avviamento dell'attività oggetto di s.c.i.a., il “bene della vita”

²⁹ Sul rapporto tra concetto di *vicinitas* e interesse ad agire si veda, in dottrina, P. URBANI, *Vicinitas e interesse al ricorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2022, p. 342 ss.; sulle condizioni legittimanti il terzo alla tutela giurisdizionale in ragione della *vicinitas* si veda A. LONGO, *La legittimazione dei terzi ad impugnare gli atti amministrativi in materia edilizia ed urbanistica: vicinitas e ulteriori condizioni di accesso alla tutela processuale*, in *Riv. giur. ed.*, 1, 2016, pp. 513-522.

³⁰ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, *L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962, p. 34.

³¹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 195 ss..

³² G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, p. 197 ss..

cui esso aspira è la sua definitiva interruzione, a condizione che questa presenti profili di illegittimità³³.

La perentorietà dell'esercizio dei poteri amministrativi propriamente idonei al soddisfacimento fattivo dell'interesse del terzo viene invece ineluttabilmente condizionata alla sussistenza di una specifica ragione d'interesse pubblico, rilievo che, in quanto frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, deve peraltro contemplare la posizione del segnalante, sussumibile nell'affidamento consolidatosi nella decorrenza del termine per l'esercizio dei controlli amministrativi.

Non potendo il giudice amministrativo valicare i confini delle possibilità di tutela dei terzi imposti dal diritto sostanziale alla stessa amministrazione, si dimostra pertanto incapace di garantire, foss'anche solo in astratto, il ripristino della posizione dei controinteressati all'attività³⁴.

Il terzo è chiamato a subire le conseguenze pregiudizievoli dell'illegittimo e inefficiente immobilismo dell'amministrazione, risultanti dalla aprioristica mortificazione del tentativo di perseguire il bene dell'inibizione dell'attività, in ragione dell'apparente indissolubile legame intercorrente

³³ In dottrina, s'è pure discusso sulla qualificazione di tale interesse legittimo come pretensivo oppure come oppositivo: G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, cit., p. 662; P. PROVENZANO, *Riassumendo sulla d.i.a.*, in *Foro amm. – Tar*, 2010, p. 1168 e W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo: il modulo di dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, p. 219, qualificano la posizione del terzo in termini di interesse legittimo pretensivo; mentre L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a., e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1572011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, 30, (1 2012), p. 237 (nota n. 38), la qualifica in termini di interesse oppositivo. In proposito, sembra almeno in parte condivisibile l'osservazione di A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del diritto amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, pp. 81-82, secondo cui la distinzione tra interessi legittimi pretensivi e oppositivi «ha un mero valore descritto nel senso che descrive il diverso atteggiarsi dell'interesse finale, che è sempre collegato all'interesse legittimo a fronte dell'esercizio delle potestà amministrative, ma non ha valore concettuale».

³⁴ Secondo A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 23, «una volta scaduto un termine perentorio, il potere non può più essere esercitato né dall'Amministrazione che ne sia direttamente titolare, né da altri che possa sostituirsi ad essa. Di conseguenza [...] non si può ammettere un intervento del giudice che imponga all'amministrazione di esercitare un potere che non le spetta più».

fra interesse legittimo e potere amministrativo esercitabile, in quanto posizione giuridica ad esso corrispondente e speculare³⁵.

Il quadro viene per di più aggravato dall'abrogazione del secondo comma dell'art. 21, l. 241/1990, il quale, del tutto opportunamente, equiparava sul piano sanzionatorio le conseguenze dell'esercizio dell'attività in mancanza dei requisiti richiesti a quelle dell'esercizio dell'attività in mancanza di presentazione della segnalazione³⁶.

Stante la natura compiutamente vincolata del potere sanzionatorio amministrativo, finanche sull'*an*, il controinteressato all'attività avrebbe trovato nella summenzionata norma un approdo sostanziale spendibile per la tutela giudiziale del proprio interesse, specie in ragione della possibilità di adottare siffatti provvedimenti oltre il termine per l'esercizio delle verifiche.

Una volta sollecitata l'amministrazione all'esercizio dei controlli amministrativi e appurata la mancanza dei requisiti dell'attività segnalata, si sarebbe configurato, in capo a quest'ultima, il dovere di adottare un

³⁵ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 54. Tra i più recenti manuali di giustizia amministrativa, A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione*, cit., p. 80, individua tra i punti fermi dell'interesse legittimo la sua natura di «*situazione giuridica soggettiva correlata all'esercizio della potestà amministrativa*». Per un approfondimento sulla teoria dell'interesse legittimo, v. F.G. COCCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità, metodologia e giustizia amministrativa*, Rimini, 2017.

³⁶ Il comma 2 dell'art. 21, l. 241/1990, disponeva che «*le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità da esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente*». Tale comma è stato abrogato per opera dell'art. 6, comma 1, della legge Madia. Sulla sua abrogazione si veda C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento dopo la legge 124 del 2015*, in *Dir. proc. amm.* 3, 2017, secondo cui (§ 2) «*il legislatore ha condivisibilmente eliminato un profilo critico "atavico" della disciplina del silenzio assenso e della s.c.i.a.*», sicché, con tale abrogazione, la configurazione di tali istituti «*viene quindi ad essere finalmente depurata da quella contraddizione interna al sistema, che per lungo tempo ha contribuito a ridurne le capacità semplificatrici*».

provvedimento sanzionatorio in danno del segnalante, vietandone la prosecuzione ove consentito dalla regolamentazione settoriale³⁷.

Trattasi di un rilievo non privo di profili di criticità³⁸, inidoneo ad una composizione puntuale e definitiva della problematica³⁹, ma che resta utile

³⁷ Così ragionando, il rinvio, per opera del comma 6-ter dell'art. 19, anche al comma 3 dell'art. 31 c.p.a. avrebbe avuto un significato, quanto meno pratico, davvero notevole, perché il terzo, attesa la natura vincolata del potere (sanzionatorio e con effetti ripristinatori) non esercitato, nell'esperire l'azione contro il silenzio avrebbe potuto chiedere al giudice di valutare la fondatezza della sua diffida e, frattanto, di condannare l'amministrazione, ai sensi dell'art. 34, c. 1, lett. c), c.p.a., all'adozione del provvedimento sanzionatorio. Oltre a questa ipotesi, il terzo avrebbe potuto chiedere al giudice amministrativo quanto appena detto anche in caso di attività intrapresa in forza di documenti falsi, perché, ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 19, nella sua versione vigente allorquando è stato introdotto il comma 6-ter, «in caso di dichiarazione sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione [...] può sempre e in ogni caso adottare i provvedimenti di cui al primo periodo [quelli espressione del potere inibitorio vincolato]». Tale previsione è stata, tuttavia, abrogata dall'art. 6 della legge Madia, cosicché l'inibizione delle attività avviate sulla scorta di falsità documentali sembra ora dovere avvenire alle condizioni dell'autotutela e, in particolare, (una volta decorsi diciotto mesi) a quelle dettate dal comma 2-bis dell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990, secondo cui la falsità rilevante è soltanto quella effetto di un reato accertato con sentenza passata in giudicato. Ad ogni modo, a fronte di una falsità così accertata, il comma 2-bis consente alla pubblica amministrazione di derogare al limite temporale di diciotto mesi. In argomento, v. M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 639; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, p. 118.

³⁸ Sul punto R. BERTOLI, *S.C.I.A. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, cit..

³⁹ In dottrina, F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, cit., pare, tuttavia, fondare la tutela del terzo proprio sulla sua possibilità di pretendere l'irrogazione di (p. 48) «sanzioni a carattere ripristinatorio, in quanto previste dalle leggi cui rinvia l'art. 21, c. 2», senza, comunque, dubitare della consumazione del potere di controllo con lo scadere del termine di legge e dell'autonomia del potere sanzionatorio rispetto a quest'ultimo. L'Autrice muove dalla nozione di «rapporto giuridico "multipolare"», di cui sono parte (p. 40 ss.) «coloro i cui interessi assumono rilevanza nella regolazione dell'attività», i quali possono pretendere «l'esercizio di ogni potere amministrativo che sia preordinato all'osservanza delle regole dalle quali dipende la protezione del proprio interesse, compreso il potere di reprimere i comportamenti non conformi a diritto», ovvero sia quello sanzionatorio. Secondo l'Autrice, «la garanzia dell'interesse di questi soggetti resta impregiudicata dalla semplificazione [cioè dalla sostituzione dell'autorizzazione con la s.c.i.a.], giacché la posizione del c.d. terzo non è riducibile a mero riflesso della situazione del segnalante». Perciò, «l'affidamento del dichiarante può essere invocato per porre limiti al potere dell'amministrazione di ripristinare d'ufficio l'ordine legale,

a rammentare che, nonostante alcune persistenti inadeguatezze strutturali del sistema, ancora troppo ancorate all'«atto», e non invece al «rapporto», in una dimensione relazionale degli interessi coinvolti, sussista un apprezzabile margine di manovra su una configurazione normativa maggiormente ponderata e appagante.

D'altro canto, invece, ci si interroga sull'opportunità, alla luce dell'ampio margine conferito dalla direttiva Bolkestein all'attuazione delle politiche di liberalizzazione economica privata, di confinare un ampio novero di attività economiche ad una dimensione di fatto bilaterale del complessivo e attuale assetto normativo della s.c.i.a., laddove la tridimensionalità determinata dalla meritevolezza di tutela di posizioni giuridiche di soggetti controinteressati non può che uscirne inevitabilmente sacrificata⁴⁰.

L'attenzione, in definitiva, dovrebbe essere rivolta anche al momento della scelta (legislativa) del modello di controllo pubblico cui sottoporre ciascuna attività; scelta che, nonostante la libertà di iniziativa economica del soggetto segnalante non goda di un'estensione priva di confini, nell'ottica di quella liberalizzazione “temperata” lucidamente statuita dal Consiglio di Stato, dovrebbe essere consapevole del fatto che il regime della

*ma non la esenta dagli obblighi cui essa è tenuta nei confronti del terzo. In altre parole, l'affidamento suscitato dalla condotta dell'amministrazione obbliga quest'ultima nella sua relazione con il dichiarante, ma non ha effetti nei confronti del terzo, il quale conserva il titolo per attivare i poteri sanzionatori dell'amministrazione». Anche secondo M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, cit., pp. 350-352, la diffida e il ricorso contro il silenzio hanno a oggetto l'omesso esercizio del potere (vincolato) repressivo e, così, sarebbero «i terzi a divenire strumento di effettività delle norme pubblicistiche». Recentemente, il pensiero di Francesca Trimarchi Banfi sembra essere fatto proprio e rielaborato da D. VESE, *Profili di analisi economica (del diritto amministrativo) in tema di segnalazione certificata di inizio attività. La nuova disciplina della s.c.i.a. e i persistenti problemi di tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, pp. 1159-1161, nonostante (p. 1161, nota 64) l'intervenuta abrogazione del comma 2 dell'art. 21. Cfr. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. – s.c.i.a.*, cit., p. 1249. Si segnala, infine, che la nozione di “rapporto giuridico multipolare” è stata recentemente sviluppata da G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, cit..*

⁴⁰ A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, cit., pp. 517-522. L'Autore aveva, comunque, già in più occasioni, sviluppato questo pensiero: in particolare, cfr. Id., *Dichiarazione di inizio attività*, Milano, 2008, p. 360, ove evidenziava come la riduzione degli «spazi materiali di tutela del terzo», quale conseguenza del modello di controllo, «avrebbe dovuto indurre il legislatore ad essere più cauto nell'estendere lo spazio dell'istituto della dichiarazione di inizio attività», sicché l'eccessiva estensione del modello potrebbe porre un problema di «irragionevolezza grave, da determinare dubbi di legittimità costituzionale».

s.c.i.a., siccome ora conformato dal diritto sostanziale, si risolve, sul piano processuale, in un'inevitabile riduzione della tutela processuale (quella in forma specifica e prescindente dalla responsabilità dell'amministrazione) del terzo⁴¹.

⁴¹ R. BERTOLI, *S.C.I.A. e tutela del terzo: decadenza del potere inhibitorio e pretesa al suo esercizio*, cit..

Abstract

La liberalizzazione perseguita con la segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.), è sottesa alla riduzione delle barriere amministrative per l'accesso al mercato e l'esercizio della concorrenza da parte dei privati, affinché le relative iniziative economiche possano concorrere al consolidamento del mercato comune europeo voluto dai trattati. Essa assume i connotati di una vera e propria semplificazione amministrativa, in cui le fasi procedurali di verifica vengono sostituite dall'operato degli operatori economici, in un'ottica di autoresponsabilità circa la conformità dell'attività posta in capo agli amministrati. Permangono, tuttavia, plurime problematiche circa il bilanciamento tra gli interessi coinvolti, con speciale riferimento alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei terzi, ad oggi rimaste ancora in parte irrisolte. Tali problematiche sussistono in ragione del persistente necessario ruolo regolatore dell'amministrazione, dalla quale dipende il consolidarsi o meno della legittimità dell'esercizio dell'attività segnalata, ancorché posteriore e a formazione "agevolata", che si riflette logicamente sulla possibilità di prestare tutela all'interesse del terzo alla cessazione o conformazione della stessa, ove lesiva della propria situazione giuridica soggettiva.

Reflections on the theoretical profiles of the relationship between s.c.i.a. and protection of the third party in the procedural and jurisdictional dimension

The liberalisation pursued with the certified notification of commencement of activity (s.c.i.a.), underlies the reduction of administrative barriers for access to the market and the exercise of competition by private individuals, so that the related economic initiatives can contribute to the consolidation of the common European market desired by the treaties. It takes on the characteristics of a real administrative simplification, in which the procedural verification phases are replaced by the work of economic operators, with a view to self-responsibility regarding the conformity of the activity carried out by the administrators. However, multiple problems remain regarding the balance between the interests involved, with special reference to the protection of the subjective legal situations of third par-

ties, which to date have still remained partly unresolved. These problems exist due to the persistent necessary regulatory role of the administration, on which the consolidation or otherwise of the legitimacy of the exercise of the reported activity depends, even if later and with “facilitated” training, which is logically reflected on the possibility of providing protection to the interest of the third party in the termination or conformation of the same, where detrimental to its subjective legal situation.

Il silenzio assenso della p.a. e il problema della tutela dell'affidamento del privato

di Jacopo Vavalli

SOMMARIO: 1. Una breve premessa: il perimetro di indagine del presente studio. – 2. Il silenzio assenso della pubblica amministrazione, tra obbligo e onere di provvedere. Una definizione del quadro teorico di riferimento. – 3. I limiti del potere di annullamento in autotutela dell'assenso maturato per *silentium*. La possibile emersione dell'affidamento del privato. – 4. Il problema della tutela dell'affidamento nell'ambito dell'esercizio del potere di autotutela della p.a. in ordine agli effetti dell'assenso ottenuto per *silentium* dal privato.

1. *Una breve premessa: il perimetro di indagine del presente studio*

Il presente studio intende affrontare la questione problematica riguardante la sussistenza, o meno, di un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato a seguito della definizione del procedimento amministrativo mediante silenzio assenso. Lo studio, dunque, impone l'esame di due temi rilevanti per il diritto amministrativo, soprattutto se si volge lo sguardo alle sue espressioni più recenti: quello del silenzio assenso e quello dell'affidamento del privato. All'esame di tali temi si pone l'esigenza di aggiungere quello del potere di autotutela dell'amministrazione, nella sua precisa declinazione che riguarda il ritiro dell'esito favorevole, ma implicito, del procedimento amministrativo.

Per procedere in maniera ordinata, occorre partire con l'inquadramento teorico del fenomeno del silenzio assenso, per poi esaminare gli effetti che è in grado di determinare sulla sfera giuridica del privato la conclusione del procedimento amministrativo in assenza di un provvedimento esplicito. Alla luce di tale esame, sarà possibile porre attenzione al problema dell'esercizio del potere di autotutela al fine di rimuovere gli effetti dell'assenso maturato dal privato per *silentium*.

L'esame di tale profilo consentirà di fare luce sulla eventuale rilevanza del fenomeno dell'affidamento, consistente nella fiducia riposta dallo stesso privato sugli effetti dell'assenso alla propria istanza maturato in conseguenza dell'inerzia dell'amministrazione, e sulla sua capacità di fungere da controaltare al potere amministrativo di secondo grado, esercitato nell'ipotesi in cui l'attività amministrativa assentita si riveli basata

su presupposti illegittimi. Nel caso in cui il potere di autotutela fosse legittimamente esercitato, emerge un ulteriore profilo di interesse ai fini del presente studio, che risiede nell'individuare i margini per tutelare la sfera giuridica del privato, in virtù delle conseguenze che sono scaturite dal formarsi del silenzio assenso sulla propria istanza e dall'annullamento (degli effetti) di tale assenso in autotutela.

Posto l'ordine delle questioni critiche, occorre partire con il primo tema dell'indagine: il corretto inquadramento teorico del silenzio assenso, sulla cui base è stato costituito il quadro normativo che oggi disciplina il fenomeno.

2. *Il silenzio assenso della pubblica amministrazione, tra obbligo e onere di provvedere. Una definizione del quadro teorico di riferimento*

Stanislaw Jerzy Lec diceva che “[c]apita di dover tacere per essere ascoltati”¹. In questo acuto e caustico pensiero si racchiude tutto il senso del silenzio assenso dell'amministrazione idoneo a definire un procedimento amministrativo: la p.a. rimane inerte, silente, appunto, eppure si esprime destando l'interesse del privato che da quell'atteggiamento inerte trae giovamento. Il silenzio, a livello semantico, nella misura in cui esprime un 'non detto', genera incertezza².

L'incertezza, di norma, è antitetica al diritto, nella misura in cui questo esprime un (preciso e delimitabile³) dover essere. Allora, il silenzio, calato in ambito giuridico, diventa un disvalore. Cessa, però, di essere tale laddove l'ordinamento, in ossequio al fondamentale principio di legalità che vi

¹ S.J. LEC, *Pensieri spettinati*, Milano, 2006.

² Osserva, A. LA TORRE, *Silenzio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, Milano, che “[u]na opinione abbastanza diffusa fa del silenzio un fatto puramente «negativo», in quanto non significante e privo di valore. Si ammette al più che, quando può avere un qualche significato, esso risulta generalmente ambiguo, o almeno incerto, così da richiederne la ricostruzione ad opera dell'interprete” (543).

³ Osserva F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, ed. italiana a cura di G.B. RATTI, V. VELLUZZI, Roma, 2016, che “[i]n ambito giuridico, la distinzione tra la precisione e la vaghezza è, in gran misura, una questione relativa alla discrezionalità, alla flessibilità e ai fini tra loro opposti della prevedibilità e della giustizia del caso particolare. E la distinzione tra l'ampiezza e la limitatezza è, in gran misura, una questione relativa a quanto devono fare le corti, i legislatori e altri creatori di norme quando risolvono un caso o emanano una regola” (259).

si pone a fondamento, attribuisce al silenzio una “qualificazione legale”⁴, idonea a determinarne precise conseguenze giuridiche. Nell’ambito del diritto privato, è emerso il concetto di “valutazioni legali tipiche”, in base al quale l’ordinamento, mediante precise disposizioni normative, non mira a interpretare il silenzio, ma a determinarne tassativamente e inderogabilmente gli effetti⁵. È questo il concetto che Franco Gaetano Scoca pone a fondamento del proprio noto studio sul silenzio della pubblica amministrazione⁶. Grazie ad esso, il Maestro riesce a superare il problema teorico di prevedere ipotesi di silenzio giuridicamente rilevanti nell’ambito del diritto amministrativo, orientato dalla tutela di interessi predeterminati⁷: “[l]a tipizzazione legale interviene esattamente a precludere alla pubblica Amministrazione la concreta valutazione dell’interesse pubblico specifico che l’atto è inteso a soddisfare, e, superando la fase di formazione, considera *ex abrupto* l’atto pienamente formato ed efficace”⁸.

Il tema del silenzio della pubblica amministrazione rileva in diverse forme, ma qui interessa il silenzio (così detto) significativo nella sua precisa declinazione del silenzio assenso. Figura, questa, che viene in rilievo alla luce di tre connotati che la caratterizzano: il fatto di riguardare istanze del privato che mirano ad ottenere un ampliamento della propria sfera giuridica (in particolare, autorizzazioni e concessioni); il fatto che l’amministrazione non provvede su tali istanze nei termini stabiliti dalla legge; il fatto che l’effetto di tale inerzia determina l’ampliamento voluto dal privato per

⁴ M. NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi*, in *Foro it.*, 1963, IV, 51, che parla di “qualificazione legale del comportamento tenuto con il silenzio” (con riferimento alla fattispecie del silenzio rigetto).

⁵ A. LA TORRE, *Silenzio (dir. priv.)*, cit., 552-553.

⁶ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

⁷ A differenza del sistema governato dal diritto privato, che involge problematiche legate ai concetti “di autonomia privata, di negozio giuridico e di manifestazione di volontà”: F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 199.

Sulla distinzione, con riferimento al rapporto con la legge, tra autonomia privata, in cui alle scelte del privato “non è imposto alcun fine da perseguire [... visto che] esse sono soggette solo a limiti d’ordine negativo, destinati ad impedire alle azioni umane di uscire dalla sfera del lecito”, e l’esercizio del potere amministrativo (discrezionale), che risiede in uno “spazio autonomo di determinazione limitato solo dall’esterno dal diritto”, si rimanda a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 70-71 (si veda anche 865, nota 5). Sul tema si veda anche G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, 4, 863 ss.

⁸ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 200.

effetto del mero decorso del tempo⁹. Il silenzio assenso trova, quest'oggi, una precisa regolamentazione all'interno dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990, il cui comma 1 stabilisce, in particolare, che “[...] nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide [...]”.

Il quadro normativo prevede ulteriori disposizioni rilevanti, ma prima di indugiare su queste occorre soffermarsi sull'inquadramento teorico del fenomeno.

Sul silenzio assenso possono richiamarsi tre teorie, formulate prima della emanazione della legge sul procedimento amministrativo¹⁰, anche in virtù del venire in essere delle prime espressioni del fenomeno in ambito normativo. Emblematico, in questo senso, è il decreto legge 23 gennaio 1982, n. 9 (c.d. decreto Nicolazzi), il cui art. 8 stabiliva¹¹ che “[f]ino al 31 dicembre 1984 la domanda di concessione ad edificare per interventi di edilizia residenziale diretti alla costruzione di abitazioni od al recupero del patrimonio edilizio esistente, si intende accolta qualora entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda non sia stato comunicato il provvedimento motivato con cui viene negato il rilascio”. Proprio alla luce di tale fattispecie è stata formulata una teoria secondo cui la legittimazione allo svolgimento dell'attività prevista dalla norma in esame trova la propria fonte direttamente nella legge, di tal che il relativo regime autorizzatorio non ha carattere provvedimentale, ma è di derivazione legale¹². Rispetto a tale tesi vengono evidenziate due con-

⁹ Declina chiaramente tali caratteri N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, VIII ed., Torino, 2025, 341.

¹⁰ Le riporta A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 2-3, 603 ss. Ricostruisce altresì i vari indirizzi della dottrina sulla natura giuridica del silenzio assenso, in una prospettiva differente, V. BARLESE, *Silenzio assenso tra potere di provvedere (successivamente) e potere di autotutela*, in *Riv. not.* 2011, 4, 835 ss.

¹¹ Abrogato dall'articolo 136 del d.P.R. 6 giugno 2011, n. 380.

Sul c.d. decreto Nicolazzi, si veda M.A. SANDULLI, *Il silenzio-accoglimento nella legge Nicolazzi*, in *Riv. giur. edil.*, 1982, II, 53 ss.; F.G. COCA, *Ius aedificandi e silenzio assenso*, in AA.VV., *Atti del Convegno su Tendenze e prospettive della normativa urbanistica: le innovazioni introdotte dal decreto Nicolazzi*, Milano, 1983.

¹² La tesi è di A. DE ROBERTO, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella legge Nicolazzi*, in *Dir. soc.*, 1983, 163. Viene ripresa, più di recente, da A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, 497 ss.

seguenze di rilievo: il fatto che un regime di legittimazione *ex lege* determinerebbe una tutela giurisdizionale che riguarda rapporti riguardanti diritti, da coltivare dinanzi al giudice ordinario; il fatto tale modello, proiettato sugli istituti della legge n. 241 del 1990, determinerebbe una omologazione tra la disciplina relativa alla d.i.a. (oggi s.c.i.a.) di cui all'art. 19, e quella, appunto del silenzio assenso, di cui all'art. 20¹³.

Una seconda tesi, nell'escludere che la legittimazione allo svolgimento dell'attività del privato possa dipendere direttamente dalla legge, la riconduce allo stesso verificarsi del silenzio, quale elemento che si pone tra la legge che ne disciplina l'operatività e la fattispecie concreta¹⁴. Il fatto che la fattispecie sia prevista dalla legge (e sia, dunque, per definizione legittima), ma che comunque dipende dal formarsi del silenzio (significativo), comporta che in sede giurisdizionale possa essere verificata esclusivamente la corretta formazione della fattispecie legale, non anche la sua legittimità/illegittimità¹⁵.

La terza tesi inquadra il silenzio in termini di unico presupposto per la produzione di effetti giuridici derivanti dall'implicito assenso alla domanda del privato¹⁶. Secondo questa tesi, la legge non può determinare "la legittimità degli effetti di cui prevede la produzione"¹⁷. La conseguenza di tale impostazione è che, se da un lato il silenzio assenso è un fatto giuridi-

Per una attenta critica di tale linea teorica, F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 3, 436, nota 73.

¹³ A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, cit., 603.

Per una distinzione tra le due figure, W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 110 ss.

¹⁴ La tesi è di A.M. SANDULLI, *Il silenzio: aspetti sostanziali e processuali*, in AA.VV., *Atti del XXVIII Convegno di Varenna di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1985, 53 ss., riportata da A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, cit., 604.

¹⁵ A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 604.

¹⁶ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit. Emblematico al riguardo è quanto lo stesso autorevole Autore precisa in ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 2: "il silenzio-assenso corrisponde, sul piano sostanziale, ad un consenso silenzioso e, sul piano procedimentale, ad un modo (alternativo al provvedimento formale) di conclusione del procedimento" (269).

In questa direzione, si veda anche E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 333.

¹⁷ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 203.

co a cui la legge riconduce effetti legali tipici, dall'altro lato, l'amministrazione potrà sindacare, in sede di esercizio del potere di annullamento in autotutela espressamente previsto dell'art. 20 (comma 3) della legge n. 241 del 1990, la legittimità dell'assetto degli interessi a cui la condotta silenziosa della p.a. ha conferito rilievo giuridico¹⁸. Allora, seguendo questo ordine concettuale, non è escluso che gli effetti prodotti dalla fattispecie venutasi a creare in virtù dell'inerzia possano essere affetti da illegittimità, nella parte in cui gli stessi si pongono in contrasto con l'interesse pubblico (contrasto che legittima l'esercizio del potere di autotutela)¹⁹: in sede giu-

¹⁸ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 269. Lo stesso Autore inquadra il silenzio assenso con riferimento alle valutazioni legali tipiche in ID., *Contributo allo studio della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 72 ss.

Per un esame delle valutazioni legali tipiche in relazione al fenomeno del silenzio assenso, anche A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 92 ss.

¹⁹ Precisa F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., che “[o]gnuno vede come sia strana questa vicenda, in cui effetti da una norma previsti possono poi risultare viziati da illegittimità. Tutto ciò si spiega però se si considera che altro è l'interesse che il provvedimento (non intervenuto) era destinato a soddisfare e altro è l'interesse cui soddisfa la norma tipizzante. Il primo è un qualsiasi interesse specifico; il secondo è l'interesse alla rapidità del traffico giuridico. Sono ambedue interessi pubblici, ma possono, in concreto, risultare contrastanti.

In realtà il contrasto tra i due interessi è altresì superabile se si considera che mentre il secondo attiene al fatto della produzione di effetti, qualunque consistenza essi abbiano, il primo invece è in relazione appunto al loro contenuto. Le norme tipizzanti, che devono ritenersi poste a presidio delle esigenze del traffico, contrastano quindi soltanto apparentemente con quelle che determinano l'interesse pubblico, da realizzarsi in concreto, e soltanto si sovrappongono ad esse precariamente, fintantochè, non venga richiesta da qualunque interessato l'eliminazione degli effetti illegittimi e la loro sostituzione con effetti diversi, attraverso l'esperimento di una misura tendente all'annullamento del c.d. atto formatosi nell'inerzia della pubblica Amministrazione” (203-204).

Allora, “[n]on potendo, come si è visto, la tipizzazione significare legittimizzazione di effetti contrastanti con l'interesse pubblico, essa ha come sola conseguenza che la pubblica Amministrazione non interviene più nella valutazione e nella realizzazione di esso, verificandosi questa vicenda o in seguito all'inerzia, se gli effetti per essa previsti si trovano ad essere conformi all'interesse pubblico, o in seguito a reclamo di soggetti eventualmente interessati alla eliminazione degli effetti illegittimi” (207).

risdizionale saranno questi ad essere discussi, non essendo stato emanato alcun provvedimento amministrativo²⁰.

La tesi da ultimo esposta, che inquadra il silenzio come un fatto giuridico²¹ a cui la legge riconduce effetti legali tipici, costituisce la linea teorica dominante, opinando in senso opposto rispetto alla tesi secondo cui il silenzio assenso costituirebbe un atto amministrativo tacito o implicito²². Le due impostazioni conducono ad esiti profondamente differenti: se il silenzio viene equiparato all'atto amministrativo, ne deriva come logica conseguenza che viene meno la doverosità della funzione²³, tanto più nella sua specifica declinazione della emanazione espressa del provvedimento amministrativo, che diventa pertanto facoltativa²⁴. Tale facoltà condurrebbe anche a rendere superflua l'istruttoria, funzionale allo svolgimento del procedimento che si

²⁰ A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, cit., 605.

²¹ In questo senso, oltre a F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 205 ss., A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 337.

²² Sostiene tale impostazione N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, cit., 343.

Su tale tesi indugia A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 55 ss.

²³ Se ci si pone nell'ottica della funzione amministrativa come dovere, la conclusione appena esposta risulta inaccettabile. Al riguardo, si rimanda al pensiero di F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, il quale, nell'ambito dello studio sul rifiuto di provvedimento, precisa, con riferimento alla fattispecie del silenzio della p.a., che il dovere d'ufficio "lungi dall'esaurirsi nell'emanazione dell'atto, ricomprende tutta l'attività che precede l'atto stesso, e che giuridicamente è preordinata alla determinazione autoritativa di ciò che deve essere, secondo legge, nella situazione concreta cui il dovere si riferisce" (79).

Osserva A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, che sarebbe inaccettabile scindere il nesso indissolubile che intercorre tra la norma che attribuisce il potere e il dovere di provvedere che ne consegue, perché, così facendo, si verrebbe a creare una (inaccettabile) separazione tra il potere e il perseguimento dell'interesse pubblico, da intendere come doveroso (35 ss.). Nella stessa direzione, Id., *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, spec. 161 ss.

Si veda anche, in questa direzione, I. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

²⁴ G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 278.

conclude con un provvedimento espresso, ma non necessaria nella logica del silenzio assenso proclive a determinare la sveltezza dei traffici giuridici²⁵.

Sul solco del primo ordine concettuale, invece, si ritiene che non permanga in capo all'amministrazione un dovere di provvedere, ma vi sia solamente un onere di farlo, se l'interesse pubblico lo dovesse imporre²⁶. Resterebbe intatto, invece, il dovere di svolgimento dell'attività istruttoria, necessario per valutare l'evenienza che il procedimento debba concludersi con un esito negativo²⁷.

Tale impostazione si basa anche sulla ragione di ordine logico secondo cui, se il dovere di provvedere dovesse permanere, allora rimarrebbe anche dopo il verificarsi dell'assenso per *silentium* dell'istanza del privato, che non potrebbe assurgere a fatto preclusivo della doverosità della funzione²⁸. Ragionando, invece, in termini di onere, non vi sarebbe alcun dovere di provvedere, tanto meno tardivamente, restando in capo alla p.a. il potere di intervenire in autotutela per eventualmente annullare gli effetti scaturiti dal comportamento inerte dell'amministrazione²⁹. A tale assunto è stato obiettato che il fenomeno del silenzio assenso non è in grado di trasformare il dovere di provvedere dell'amministrazione in un onere, visto che l'istituto nasce per porre "rimedio a una situazione patologica dell'azione amministrativa"³⁰. Si tratta della tesi che attribuisce al silenzio assenso carattere rimediabile³¹, quale strumento che non consente di pre-

²⁵ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1345 ss.

²⁶ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 192 ss.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270.

²⁷ In questa direzione, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10, 38, che richiama sul punto G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 118.

²⁸ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270.

²⁹ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 270.

Critica tale impostazione A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., secondo cui è "improbabile che l'onere possa cancellare il dovere di provvedere – ché a eliminare quel dovere si toglie al potere il nesso con l'interesse pubblico – dacché, si sa, è il dovere che connette il potere amministrativo all'interesse pubblico specifico" (172).

³⁰ A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, cit., 605.

³¹ E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in tema di pubblici esercizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 435.

scindere dall'operato della pubblica amministrazione, ma di porre una soluzione all'inerzia attraverso il conseguimento degli effetti che sarebbero scaturiti da un esercizio attivo della funzione³².

In ordine, dunque, alla fattispecie del silenzio assenso, è chiaro che i differenti ordini concettuali su cui ci si è soffermati conducono a un diverso inquadramento del fenomeno nella fase procedimentale antecedente alla scadenza del termine di legge per provvedere. Tali differenti inquadramenti non incidono tanto sulla natura degli effetti che il silenzio assenso determina sulla sfera giuridica del privato, ma hanno differenti riverberi pratici in ordine alla ampiezza del potere (di secondo grado) che l'amministrazione può esercitare al fine di annullare tali effetti. Rispetto al primo profilo, invero, buona parte della dottrina, pur alla luce di differenti posizioni teoriche di base, concorda nel ritenere che il silenzio assenso conduce ad una impossibilità di provvedere dopo il decorso del termine di legge imposto per concludere il procedimento. E ciò, sia che si passi per la tesi secondo cui, vigente il 'meccanismo' del silenzio assenso, la p.a. abbia un mero onere di provvedere (entro il termine), con la conseguente inammissibilità della emanazione di un provvedimento tardivo di accoglimento³³; sia che si tenga in considerazione l'ordine concettuale secondo cui l'attività amministrativa successiva al formarsi del silenzio assenso è invalida, non essendo ammissibile che il procedimento si concluda in due modi differenti e contraddittori o che semplicemente si sviluppi dopo che sia avvenuta la sua (silenziosa) definizione³⁴; sia ancora che ci si basi sulla concezione che la funzione non possa essere esercitata oltre il termine di legge a fronte della sanzione imposta all'amministrazione inerte³⁵.

Rispetto a tale congerie di tesi, quella oramai ritenuta prevalente in dottrina e in giurisprudenza³⁶ si basa sul fatto che il silenzio assenso

³² M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 42-43.

³³ Si tratta, come si è detto, della tesi di F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270.

³⁴ A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 141.

³⁵ M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 44.

³⁶ Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *giustizia-amministrativa.it*, che ha posto l'accento sul "rilevato che il decorso del tempo sortisce sul potere di provvedere nelle ipotesi legali di silenzio significativo e [sulla] invalidità che colpisce il provvedimento tardivamente adottato rispetto ai termini in parola" (§ 10.1). Ancor più di recente, si veda Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746, *in i.*, secondo cui "[i]l dispositivo

integra una valutazione legale tipica, che conferisce all'inerzia significativa gli stessi effetti del provvedimento³⁷, senza assumerne i caratteri tipici³⁸. Sembra preferibile, inoltre, ritenere che permanga in capo all'amministrazione il dovere di provvedere nei termini, essendo corretto presumere che il privato continui a preferire una decisione espressa di accoglimento, in luogo di un assenso per *silentium*³⁹. In tale direzione, allora, il silenzio assenso costituisce il rimedio *ex lege* dell'inerzia della p.a., che risalta come una deviazione (legittima) rispetto alla doverosità della funzione.

Il quadro teorico appena tracciato si riflette sull'attuale assetto normativo, secondo cui: il silenzio equivale (*quoad effectum*) all'accoglimento dell'istanza⁴⁰; le determinazioni della p.a. assunte dopo la scadenza dei termini per la maturazione del silenzio assenso sono inefficaci⁴¹; resta

tecnico denominato 'silenzio-assenso' risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia 'equivale' a provvedimento di accoglimento (tale ricostruzione teorica si lascia preferire rispetto alla tesi 'attizia' del silenzio, che appare una *factio* non necessaria). Tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge" (§ 8.1).

³⁷ Oltre agli Autori già citati, seguono questa tesi anche, *inter alia*, M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 972; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁸ Per un quadro d'insieme in merito a tale linea teorica, B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, spec. 182 ss.

In ordine agli elementi essenziali del provvedimento, si veda il recente contributo di A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2025.

³⁹ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 287.

⁴⁰ In virtù dell'art. 20, comma 1, della legge n. 241 del 1990. Tali effetti possono essere certificati dal rilascio dell'attestazione prevista dal successivo comma 2-*bis* (introdotto dall'art. 62, comma 1, della legge 29 luglio 2021, n. 108), secondo cui "[n]ei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

⁴¹ In virtù dell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera a, legge 11 settembre 2020, n. 120). La norma, come è stato

‘salvo’ il potere di annullamento in autotutela dell'accoglimento silenzioso dell'istanza⁴².

Un profilo resta inespresso e determina conseguenti criticità: riguarda il fatto se il silenzio assenso possa dirsi legittimamente formato nel caso di assenza di uno o più requisiti di validità stabiliti dalla fattispecie normativa che disciplina l'istanza del privato e che ne condiziona l'accoglimento. Al riguardo, se si parte dall'impostazione teorica secondo cui il silenzio assenso è espressione di una valutazione legale tipica e che al decorso del tempo consegue *ex lege* il verificarsi di effetti equipollenti a quelli del provvedimento di accoglimento, non si può che giungere alla conclusione che il silenzio assenso viene a formarsi anche quando l'attività oggetto di provvedimento ampliativo non è conforme alle norme di legge, e dunque non è in linea con uno o più requisiti legali richiesti⁴³.

Il problema che consegue al quadro teorico e normativo appena posto è quello di individuare i confini dell'esercizio del potere di autotutela in ordine

puntualmente osservato, ha spostato il dibattito “sulla sussistenza o meno di un onere di impugnare il diniego tardivo”: A.M. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 2022, 1, 18. La stessa Autrice rileva, sempre condivisibilmente, che un atto inefficace, non essendo lesivo, non dovrebbe essere oggetto di impugnazione (18).

Nell'ipotesi in cui una impugnazione fosse esperita, resta da stabilire se tale inefficacia derivi dalla mera annullabilità della determinazione tardiva ovvero dalla sua radicale nullità, con ogni evidente conseguenza in ordine alla tutela giurisdizionale del privato e ai differenti termini decadenziali ad esse riconducibili dal Codice del processo amministrativo (art. 29, per l'azione di annullamento; art. 31, comma 4, per l'azione di nullità): si pone il problema, A. PERSICO, *Silenzio-assenso e tutela del legittimo affidamento: il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità. (Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746)*, in *giustiziainsieme.it*, 2022. Per la tesi che il diniego tardivo sia nullo, in dottrina, si rimanda a M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 3 182; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 2020, 36, 37; nonché, più di recente, G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2021, 9, 16.

Parla di inesistenza di tale provvedimento, Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854 (§ 4).

⁴² In virtù sia dell'art. 2, comma 8-*bis*, sia dell'art. 20, comma 3, della legge n. 241 del 1990.

⁴³ In dottrina, sembra andare in questa direzione il pensiero di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., secondo cui “ciò che almeno in teoria appare non essere oggetto di discussione è che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio dovrebbe

agli effetti prodotti dal venire in rilievo di un assenso per *silentium* potenzialmente viziato.

formarsi, e nessuno (né una amministrazione, né un privato) dovrebbe potersi rifiutare di adeguarsi al nuovo assetto di interessi formatosi silenziosamente” (47).

In giurisprudenza, si veda Cons. Stato n. 5746/2022, cit., che perviene a tale conclusione in base alle seguenti disposizioni:

- “i) l’espresa previsione della annullabilità d’ufficio anche nel caso in cui il «provvedimento si sia formato ai sensi dell’art. 20», presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell’atto;
- ii) l’art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990 [...] conferma che, decorso il termine, all’Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela;
- iii) l’art. 2, comma 2-*bis* [...] stabilisce, al fine di ovviare alle perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un’attestazione che deve dare unicamente conto dell’inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti);
- iv) l’abrogazione dell’art. 21, comma 2, della legge n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all’attività secondo il modulo del silenzio-assenso, «in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente»;
- v) l’art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 [...], da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque (al riguardo, sussiste una antinomia, che non rileva sciogliere in questa sede, con l’art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990, il quale riconduce all’autotutela anche l’ipotesi di «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», salva la possibilità di auto-annullamento anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi)” (§ 8.2).

Critico rispetto a tale impostazione è L. FERRARA, *Sulla formazione del silenzio assenso e sulla necessità di una lettura di sistema*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L’amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli, 2017, secondo cui nell’ipotesi in esame mancherebbero gli elementi costitutivi della fattispecie (107 ss.).

Di diverso avviso è anche N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, cit., secondo cui “per aversi accoglimento tacito di un’istanza, occorre la dimostrazione della sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge, non essendo il silenzio assenso un istituto volto a perseguire la sanatoria di istanze non accoglibili” (343). Tale assunto è coerente con la base teorica di partenza, secondo cui il silenzio assenso è da equiparare a un provvedimento tacito, con la conseguenza che l’assenza dei requisiti della domanda si riverbera sulla illegittimità del provvedimento implicito formatosi per *silentium*.

3. *I limiti del potere di annullamento in autotutela dell'assenso maturato per silentium. La possibile emersione dell'affidamento del privato*

Il tema dell'annullamento in autotutela riguarda, di norma, il provvedimento amministrativo. Il fenomeno dell'annullamento⁴⁴ e quello dell'autotutela⁴⁵, in virtù della nota sistemazione teorica posta in essere da Feliciano Benvenuti, arrivano a comporre un concetto unitario, in cui il primo fenomeno (quello dell'annullamento, unitamente alla revoca) viene ricondotto all'interno dell'istituto della autotutela spontanea e decisoria⁴⁶. Al netto della sistemazione teorica dell'istituto, su cui la dottrina continua a discutere, non essendovi convergenza sulla nozione di autotutela⁴⁷, rileva oggi quanto dispone l'art. 21-*nonies* (comma 1) della legge n. 241 del 1990, secondo cui il provvedimento amministrativo illegittimo può

⁴⁴ In ordine alla teorica dell'annullamento, non si prescinda da E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 484 ss.; F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, 1988, Roma, II, 1 ss.

⁴⁵ Per una bibliografia minima sul tema, si rimanda a F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, cit.; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 689 ss.; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 1 ss. (contributo, questo, rielaborato rispetto a quello avente il medesimo titolo in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, *Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, 2003); G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, Milano, 2008, 910 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, ES, 2015; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, 1, 5 ss.

⁴⁶ F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., 541 ss.

⁴⁷ Tale nozione, per una parte della dottrina, non risulta "convincente: mediante i provvedimenti di secondo grado l'amministrazione non tutela se stessa, né esercita una forma di tutela in senso tecnico; essa tutela l'interesse pubblico, così come era tenuta a tutelarla quando, a suo tempo adottò il provvedimento originario": R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 622-623. In senso critico anche A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. I. Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, 74-75.

Di recente, in materia di autotutela decisoria si è espresso Cons. Stato, ad. plen., 11 settembre 2020, n. 18, in *giustizia-amministrativa.it*, definendo la stessa come un procedimento di secondo grado, avendo ad oggetto precedenti provvedimenti amministrativi.

essere annullato d'ufficio sussistendo ragioni di interesse pubblico⁴⁸. In tale (prima) parte di disposizione risiedono i due presupposti per l'esercizio del potere: che sia accertata, ad opera dell'amministrazione, la illegittimità di un proprio provvedimento; che vi sia un interesse pubblico da porre a fondamento dell'annullamento, che deve essere sia attuale, in quanto esistente al momento in cui l'annullamento viene pronunciato, sia specifico, in quanto diverso ed ulteriore rispetto al generale e astratto interesse alla legalità amministrativa⁴⁹, perseguibile mediante il ripristino dell'ordine giuridico violato⁵⁰. In mancanza della contemporanea presenza di entrambi i presupposti, il provvedimento di annullamento d'ufficio risulta illegittimo⁵¹.

È in merito alla seconda parte della disposizione in esame che occorre soffermarsi, riguardando il fatto che il potere di annullamento deve essere esercitato tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati (entro un termine ragionevole, che non può essere superiore a dodici mesi⁵²). Invero, l'esigenza di ponderare l'interesse pubblico all'an-

⁴⁸ Prevede precisamente la disposizione che “[i]l provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 *octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo”.

⁴⁹ In questo senso, per tutti, G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 186-187.

⁵⁰ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 629.

⁵¹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 629.

⁵² Rileva, in proposito, Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui “[l]a locuzione ‘termine ragionevole’ richiama evidentemente un concetto non parametrico ma relazionale, riferito al complesso delle circostanze rilevanti nel caso di specie.

Si intende con ciò rappresentare che la nozione di *ragionevolezza* del termine è strettamente connessa a quella di *esigibilità* in capo all'amministrazione, ragione per cui è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione ‘ragionevole’) decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto” (§ 10.6. Corsivo nel testo).

Parla di interpretazione “quasi abrogatrice della previsione” M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 196 (nota 30).

nullamento con gli altri interessi dei destinatari e dei controinteressati sembra porsi a fondamento del fenomeno dell'affidamento (legittimo) del privato⁵³.

Sul tema dell'affidamento del privato nell'ambito dell'esercizio del potere di annullamento in autotutela si sono succedute diverse ricostruzioni teoriche che meritano di essere richiamate in termini essenziali.

Secondo un primo ordine concettuale, all'interno del procedimento di autotutela viene in rilievo un primo tipo di affidamento, quello "legittimo", da cui va tenuto distinto l'affidamento che viene in rilievo all'esito della emanazione del provvedimento di annullamento d'ufficio, quello "incolpevole"⁵⁴. I concetti hanno funzione e struttura differenti: l'affi-

⁵³ Rileva F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, che "[l]a parola affidamento è impiegata [...] in senso stretto con riferimento alla disciplina dell'annullamento d'ufficio, che è considerato l'esempio principe di tutela dell'affidamento del privato nei confronti dell'autorità amministrativa".

Sul tema, non si prescinda (in ordine cronologico), da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, rist. in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni 'trenta' all'alternanza*, Milano, 2001; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Milano, 2016; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, spec. 130-263; M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Torino, 2022; N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimento illegittima della P.A.*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 3, 759 ss.; G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.

⁵⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit. L'affidamento trae origine, appunto, nel rapporto che sorge per effetto della instaurazione del primo procedimento che si conclude con il provvedimento favorevole: F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, 834. Allo stesso modo sembra ragionare L.R. PERFETTI, *Diapora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA*, 2022, 2, laddove osserva che "[l]a dinamica dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione pubblica si manifesta diversamente, emergendo in relazione al procedimento o al provvedimento dell'autorità. È pur vero che vi sono ormai molte ragioni per omologare il trattamento privatistico dell'affidamento a quello nel diritto pubblico, attraverso rimedi risarcitori.

damento legittimo ha la funzione di “prevenire” la delusione del privato, attraverso una adeguata valorizzazione del peso da attribuire all’interesse alla conservazione del provvedimento favorevole di quest’ultimo⁵⁵; l’affidamento incolpevole, invece, ha la funzione di porre rimedio all’affidamento deluso per effetto dell’avvenuta emanazione del provvedimento illegittimo⁵⁶. Quest’ultimo è inquadrabile come situazione giuridica autonoma (di matrice privatistica), fondata sulla buona fede, che si pone quale presupposto della risarcibilità della delusione consumata⁵⁷.

Tuttavia, è indubbio che la sua prima emersione avviene sul terreno della validità del provvedimento e non su quello della responsabilità, così come non è seriamente discutibile che la giurisprudenza ne faccia tutt’ora un parametro di validità della decisione amministrativa e lo stesso legislatore, nel disciplinare positivamente l’autotutela, vi abbia dato rilievo in questa direzione; il che pone in secondo piano il profilo della natura incolpevole dell’affidamento, giacché – come appena osservato – si opera sul terreno della validità (sicché l’affidamento è qualificato come legittimo)” (239-240).

Sulla distinzione tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole, si veda anche M.C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA*, 2022, 2, 141 ss.

⁵⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, cit., 836, la quale aggiunge che “l’affidamento legittimo non è leso se l’interesse del destinatario del provvedimento favorevole risulta soccombente, purché questo interesse sia stato tenuto nella giusta considerazione” (836), con conseguente relativizzazione dell’interesse pubblico rispetto all’interesse privato concorrente fondato su tale tipologia di affidamento (838).

⁵⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, 836.

⁵⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, spec. 827, 830, 836.

Quanto al legame tra buona fede e affidamento, fondamentale appare il noto contributo di Enrico Guicciardi, che tende ad escludere la vigenza del principio di buona fede nel diritto amministrativo (strettamente connesso a quello di affidamento): E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Smith, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, 1935), in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 556 ss.

Le principali ragioni di tale ‘ostracismo’, puntualmente ricostruite nello studio sull’affidamento del cittadino di Fabio Merusi, erano due: la prima legata al fatto che la buona fede restasse assorbita, nell’ambito del diritto amministrativo, dall’interesse pubblico; la seconda relativa al fatto che la buona fede fosse applicabile solamente ai rapporti paritari, non emergenti in tale specifica branca del diritto, dedicata alle dinamiche relazionali del potere amministrativo con gli interessi legittimi: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 115. Lo stesso Autore provvede a superare tali obiezioni nelle pagine successive (117 ss.). L’autorevole Autore arriva a teorizzare che “la pretesa incompatibilità tra interesse pubblico ed utilizzazione del principio di correttezza si infrange [...] di fronte al fatto che l’interesse pubblico non è soltanto quello tipizzato dalla norma, ma è anche quello che si ricava dai principi generali

In una diversa impostazione, che comunque tiene in considerazione lo studio appena esaminato, viene approfondito il tema della natura delle situazioni giuridiche soggettive, se del caso riconducibili al concetto di affidamento, che emergono nell'ambito dell'annullamento d'ufficio del provvedimento favorevole⁵⁸. Secondo tale impostazione le situazioni giuridiche soggettive in tale ambito sarebbero tre: quella di interesse legittimo oppositivo⁵⁹, volta a tutelare il privato che intende opporsi al provvedimento di secondo grado che si assume illegittimo e che mira, pertanto, a

dall'ordinamento, e in particolare dal principio di buona fede in senso oggettivo. La ponderazione dell'affidamento ingenerato dalla pubblica amministrazione [può] essere dunque considerato a buon diritto un interesse pubblico alla stregua degli altri" (272-273).

Lo stretto legame che sussiste tra buona fede e affidamento viene ben rappresentato dallo stesso Autore nella parte dello studio in cui precisa che "l'affidamento che sta di fronte al principio di non contraddizione è una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da una aspettativa generata dall'altrui comportamento (che può essere anche inerzia) e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui fiducia" (127).

In giurisprudenza, si veda, in particolare, Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui la tutela dell'affidamento "si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere e che dunque postulano che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità si sia ottenuta in circostanze che obiettivamente la giustifichino. Secondo una regola di carattere generale in ambito civile la buona fede «non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave» (art. 1147, comma 2, cod. civ.), per cui un affidamento incolpevole non è pertanto predicabile innanzitutto nel caso estremo ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. In conformità alla regola civilistica ora richiamata altrettanto è a dirsi se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario" (§ 17. Corsivo nel testo).

⁵⁸ Si allude al recente lavoro di N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimentale illegittima della P.A.*, cit.

⁵⁹ Osserva F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, che "nel caso dell'annullamento d'ufficio, come in quello della revoca, l'amministrazione esercita il suo potere: deve, pertanto, rispettare i presupposti previsti dalla legge (oltre l'illegittimità del provvedimento originario, la valutazione dell'interesse ad annullare e il rispetto dei tempi), e le fasi e i numerosi incombenti procedurali. A fronte dell'esercizio del potere di annullamento, il beneficiario del provvedimento originario è titolare (non può essere titolare altro che) di un (nuovo e diverso) interesse legittimo, questa volta di segno oppositivo" (466). Nella stessa direzione, A. ZITO, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per attività provvedimentale illegittima*, in *Enc. dir., I tematici*, 2024, VII, 832. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 53.

conservare il bene della vita *medio tempore* acquisito; quella di affidamento legittimo, che riposa sulla fiducia ingenerata dall'Amministrazione con l'emanazione del (primo) provvedimento favorevole, "suscettibil[e] di delusione in ordine alla spettanza del bene della vita"⁶⁰; quella, infine, di affidamento che costituisce il presupposto della possibile pretesa risarcitoria volta a rimediare al pregiudizio subito dall'interesse legittimo rimasto "insoddisfatto" per effetto dell'annullamento del provvedimento favorevole: situazione giuridica soggettiva autonoma, ma collegata al sopra menzionato interesse legittimo⁶¹.

Secondo tale linea ermeneutica, l'affidamento legittimo assurgerebbe a situazione giuridica soggettiva autonoma rispetto all'interesse legittimo oppositivo, a cui si affianca: perché le stesse sono strutturalmente differenti, atteso che l'interesse legittimo (oppositivo) sorge per (ri)ottenere il bene della vita attribuito dal provvedimento favorevole, mentre l'affidamento legittimo ha ad oggetto il bene della vita consistente nella fiducia riposta dal privato "nella legittimità e stabilità dell'attribuzione proveniente dalla p.a."⁶², (bene) che attiene ad una "dimensione pre-giuridica" in quanto elemento che può essere posto a fondamento di ogni relazione giuridica⁶³. L'affidamento, insomma, viene definito quale *tertium genus* di situazione giuridica soggettiva, non appartenente né alla categoria del diritto né a quella dell'interesse legittimo⁶⁴.

Non appartiene a nessuna delle due citate categorie nemmeno per Franco Gaetano Scoca, che, però, non considera l'affidamento una figura giuridica soggettiva, tanto meno autonoma, bensì un "(elemento di) fatto" che risiede nel convincimento che il provvedimento favorevole ottenuto sarà stabile⁶⁵. E ciò tenuto conto che l'interesse legittimo pretensivo non

⁶⁰ N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimento illegittima della P.A.*, cit., 779.

⁶¹ N. PICA, *op. ult. cit.*, 786 ss.; 815.

⁶² N. PICA, *op. ult. cit.*, 781.

⁶³ N. PICA, *op. ult. cit.*, 782.

Sul tema si rimanda, per tutti, al lavoro di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

⁶⁴ In questa direzione, si pone il pensiero di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., che parla di situazione giuridica soggettiva germinante dall'aspettativa generata dall'altrui comportamento e tutelata dal principio di buona fede (127); C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo*, Torino, 2012, 132.

⁶⁵ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 467.

è solamente interesse all'ottenimento del provvedimento favorevole, ma anche a che tale provvedimento conservi nel tempo la propria validità ed efficacia⁶⁶.

Diversa è la prospettiva teorica di chi⁶⁷, partendo dalla ricostruzione che ha fatto la giurisprudenza amministrativa in ordine al principio di affidamento⁶⁸, giunge alla conclusione che il fenomeno in esame vada inteso – non già in termini di principio generale, ma – “in senso soggettivistico”, in linea con la locuzione ‘affidamento legittimo’: invero, è tale (legittimo) “nei limiti in cui esso [...] sia meritevole di tutela giuridica”⁶⁹. La necessità di intendere l'affidamento in una chiave soggettiva attenua, quanto meno, i dubbi che pongono alcune ipotesi di definizione del concetto, formulate sia della dottrina sia della giurisprudenza, aventi natura ambivalente in quanto contenenti tanto la connotazione di principio quanto quella di situazione giuridica soggettiva ad esso (parimenti) riconducibili⁷⁰.

⁶⁶ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 466-467. Nella stessa direzione, G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2016, 7-8, 2003.

⁶⁷ W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, cit.

⁶⁸ W. TROISE MANGONI, *op. ult. cit.*, 138, il quale precisa che l'affidamento viene ricostruito “secondo una struttura tripartita. Ci si riferisce all'individuazione dei tre elementi costitutivi così riassumibili: i) attribuzione chiara e univoca al privato di un vantaggio giuridicamente qualificato derivante da un'azione della pubblica amministrazione; ii) convinzione in capo al privato circa la spettanza di quel vantaggio; e iii) passaggio di un cospicuo lasso temporale, tale da consolidare la situazione di vantaggio” (138).

⁶⁹ W. TROISE MANGONI, *op. ult. cit.*, 143.

⁷⁰ In dottrina, sembra questa la posizione di A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., la quale arriva a formulare una “nuova definizione di principio del legittimo affidamento”, dal seguente contenuto: “qualunque esercizio del potere amministrativo, attivo od omissivo, che abbia in modo sufficientemente chiaro e significativo, non necessariamente legittimo, attribuito un certo beneficio attuale o potenziale al privato, non derivante da una sua condotta dolosa o colposa, è idoneo a generare, se la disponibilità del beneficio si protrae per un tempo concretamente idoneo, una situazione di affidamento meritevole di tutela, sia da parte del giudice che dell'amministrazione, i quali saranno tenuti a considerare tale situazione giuridica soggettiva nella scelta discrezionale delle loro determinazioni giurisdizionali o amministrative, motivando, adeguatamente, ogni loro eventuale atto o fatto che appaia contraddittorio rispetto all'affidamento del privato” (180).

In giurisprudenza, si veda Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011, (entrambe) in *giustizia-amministrativa.it.*, secondo cui “[i]l principio dell'affidamento è un principio

La tesi è versata all'interno di uno studio in materia di retroattività nell'ambito delle diverse esplicitazioni del potere amministrativo. Viene, dunque, osservato che l'amministrazione, quando decide di emanare un provvedimento di annullamento in autotutela, deve effettuare un'operazione di verifica che è duplice: "deve accertare, in primo luogo, se una precedente azione di natura pubblicistica abbia determinato o contribuito a determinare una situazione di vantaggio in capo a un privato e, secondariamente, se l'aspettativa del privato al mantenimento in essere di una simile situazione sia meritevole di tutela, in considerazione del suo stato di buona fede soggettiva"⁷¹. Il punto è che la situazione giuridica soggettiva che rileva in capo al privato destinatario di un provvedimento favorevole, suscettibile di essere posto nel nulla all'esito dell'autotutela, resta, alla luce dei "canoni tradizionali", di interesse legittimo, "rafforzata dalla titolarità di un affidamento legittimo circa la stabilità della situazione di vantaggio determinatasi in ragione di un'azione dell'autorità"⁷². Anche in questo caso l'affidamento viene inteso come un elemento che consente una tutela più intensa della situazione giuridica soggettiva che la legittima, differente da questa benché – si potrebbe dire – ad essa ancillare.

Alla luce del quadro sin qui delineato, sembra ancora attuale un quesito che attenta dottrina aveva posto venti anni fa, sia pure con specifico riferimento ad uno dei 'corni' del problema (riguardante l'affidamento legittimo, seguendo la terminologia sino ad ora utilizzata, e cioè l'antagonista dell'interesse pubblico in sede di esercizio del potere di annullamento d'ufficio): "[l]'affidamento è [...] solo il nuovo nome che si dà all'interesse legittimo del destinatario del provvedimento favorevole minacciato di annullamento?"⁷³.

Non si può fare a meno di considerare che alcuni autorevoli Autori hanno ritenuto il problema di inquadrare l'affidamento nell'ambito della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, da un lato, irrilevante⁷⁴, e,

generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività" (§ 5.1).

⁷¹ W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, cit., 143.

⁷² W. TROISE MANGONI, *op. ult. cit.*, 143-144.

⁷³ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 859.

⁷⁴ N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *PA*, 2022, 2, 108 ss.

dall'altro lato, di rilievo (meramente) teorico (essendo “di scarso rilievo pratico”)⁷⁵. Irrilevante perché il privato che nutre affidamento diviene titolare di un diritto, che risiede nella pretesa che l'amministrazione adotti una condotta “coerente e non contraddittoria”; in tal senso diviene trascurabile differenziare se la pretesa sia esercitabile all'interno di un rapporto amministrativo o, viceversa, privatistico⁷⁶. Il problema è stato, inoltre, definitivo di rilievo teorico e non pratico perché occorre considerare l'affidamento a seconda dell'oggetto della fiducia: se la fiducia fosse riposta nella (sola) efficacia dell'atto, allora la questione della successiva invalidità dello stesso non rileverebbe; se, viceversa, la fiducia fosse riposta nel provvedimento (favorevole) valido, allora la rilevanza della questione sarebbe superata dal termine (di dodici mesi) entro cui l'autotutela è normativamente consentita, visto che l'affidamento sorge per effetto del protrarsi dalla efficacia del provvedimento e che, pertanto, “o la fiducia non s'è formata o il provvedimento non è annullabile”⁷⁷.

Il tema del legittimo affidamento verrà ripreso *infra*⁷⁸. Occorre ora tornare all'esercizio del potere di autotutela in ipotesi di silenzio assenso. In tale ipotesi, non essendovi alcun provvedimento amministrativo da annullare, ma solo effetti derivanti da una inerzia della p.a. a cui la legge ha attribuito una specifica valenza, viene in rilievo il problema di individuare l'oggetto stesso del potere di ritiro⁷⁹. L'oggetto del possibile annullamento è la fattispecie precettiva determinata dal silenzio, volta a costituire un dato “assetto di interessi” che l'amministrazione, in via postuma, sente l'esigenza di rimuovere⁸⁰, alla luce dell'interesse pubblico sotteso al suo *agere*.

Il nodo critico risiede, in particolare, nella possibilità per l'amministrazione di annullare gli effetti conseguenti alla definizione silenziosa del procedimento nel caso la stessa accerti, nel termine di dodici mesi imposto dall'art. 21-*nonies* (comma 1) della legge n. 241 del 1990, l'assenza dei requi-

⁷⁵ L.R. PERFETTI, *Diapora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA*, 2022, 2, 244.

⁷⁶ N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, cit., 114.

⁷⁷ L.R. PERFETTI, *Diapora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, cit., 242-243.

⁷⁸ All'interno del successivo § 4.

⁷⁹ Non a caso, in tale ambito, l'autotutela è stata definita sui *generis* da E. SCOTTI, *Il silenzio-assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 684.

⁸⁰ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 269.

siti di validità richiesti dalla disciplina prevista per accogliere la domanda di ampliamento della sfera giuridica del privato. Secondo un orientamento della giurisprudenza, in ambito di silenzio assenso l'esercizio del potere di autotutela assorbe in sé anche i poteri che caratterizzano la funzione di primo grado, non esercitata (in tutto o in parte), visto che la *ratio* di velocizzazione dei traffici giuridici non può spingersi sino al punto di sacrificare la disciplina legislativa e quella di carattere costituzionale, con particolare riferimento all'art. 97⁸¹. Tale orientamento induce alcune riflessioni.

⁸¹ Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «in sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante. Correlativamente, è stato reputato legittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio del silenzio assenso, ove l'Amministrazione, pur senza enucleare specifici profili di illegittimità dell'atto da annullare e specifiche, distinte, ragioni di interesse pubblico giustificanti l'annullamento medesimo, abbia svolto una completa ed approfondita disamina dell'assetto di interessi scaturente dal provvedimento tacito, in rapporto a quello inerente alla funzione tipica cui è preordinata l'attività amministrativa di primo grado, pervenendo, ove ne abbia riscontrato la dissonanza, alla rimozione dell'assetto ritenuto «*contra legem*» ed al ripristino di quello risultante conforme all'interesse pubblico da perseguire [...]» (i principi espressi vengono interamente ripresi dalla sentenza di TAR Campania, Napoli, 10 settembre 2010, n. 17398, in *giustizia-amministrativa.it*).

La pronuncia in esame viene richiamata anche dalla giurisprudenza più recente, che è stata, però, chiamata ad esprimersi sul diniego tardivo di permesso di costruire basato su una serie di ragioni idonee ad escludere la legittimità della domanda: Cons Stato, sez. IV, 3 febbraio 2023, n. 1177, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «*la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo il decorso del tempo dalla presentazione della domanda senza che sia presa in esame e sia intervenuta risposta dall'Amministrazione, ma la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista (ex plurimis, Cons. Stato, IV, 11 aprile 2014, n. 1767). Sicché anche a voler seguire la tesi dell'odierno appellante secondo la quale nella fattispecie opererebbe l'istituto del silenzio assenso, non potrebbe dirsi formato il titolo edilizio*» (§ 8.6.1. Corsivo nel testo). Nella stessa direzione, Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 20 agosto 2020, n. 5156, *ini*. Secondo G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla violazione (artt. 2, 17-bis e 20 l. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, un orientamento di tal fatta consente all'amministrazione di intervenire *ad libitum*, visto che, nella sostanza, l'intervento dell'amministrazione è da ritenersi «non come atto di annullamento di un provvedimento

Così opinando, invero, l'operatività del silenzio assenso rischia di essere fortemente ridotta, visto che il privato sarà costretto a ritenere l'assenso implicito maturato inesorabilmente claudicante. Vi sarà sempre il rischio di subire un 'ritorno' dell'amministrazione, che, dopo essere rimasta (quanto meno colpevolmente) inerte, potrà valutare e istruire la vicenda come se stesse svolgendo la funzione per la prima volta. Il punto, però, è comprendere se tale linea ermeneutica della giurisprudenza si pone al di fuori del quadro teorico e giuridico che si è avuto modo di delineare nell'ambito del presente studio⁸².

Come si è avuto modo di osservare, il silenzio assenso costituisce una valutazione legale tipica che determina gli effetti di un provvedimento di assenso all'istanza del privato. La "produzione tipizzata" degli effetti riguarda, però, "la (sola) legittimità sostanziale, ossia quella appunto che consiste nella conformità, obiettivamente considerata, della situazione giuridica prodottasi in seguito all'inerzia tipizzata alla situazione giuridica che avrebbe dovuto essere instaurata dall'Amministrazione, nel rispetto delle norme regolatrici del rapporto amministrativo"⁸³. Riesce, in effetti, difficile ritenere che l'ottenimento di un assenso in forma semplificata possa dare garanzie di stabilità del titolo ottenuto a dispetto della sua conformità alla disciplina legale⁸⁴.

La qual cosa induce a ritenere che neppure l'attestazione rilasciata dall'amministrazione ai sensi dell'art. 20, comma 2-*bis*, della legge 241 del 1990, sull'avvenuto decorso del termine (per definire il procedimento) e, dunque, sull'accoglimento della domanda (ovvero, in sua assenza, l'autocertificazione del privato) possano, nell'ottica appena delineata, fornire garanzie di stabilità del titolo tacito maturato dal privato. Tale attestazione/autocertificazione garantirà al privato la possibilità di svolgere l'attività oggetto di istanza alla p.a., ma l'eventuale annullamento degli effetti del silenzio assenso, che la stessa mira a certificare, ne determinerebbe il conseguente inevitabile travolgimento⁸⁵.

tacitamente assentito, ma come accertamento negativo della formazione del silenzio assenso sulla relativa istanza" (172).

⁸² *Supra*, sub § 2.

⁸³ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 210-211.

⁸⁴ In questo senso, G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., 138, la quale ritiene che la fattispecie silenziosa non possa dirsi in radice perfezionata in assenza dei requisiti di legge (141).

⁸⁵ Rileva G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., che "[l]'attestazione non è un provvedimento e non ha valore costitutivo: è la mera dichiarazione di un dato di fatto e non può avere alcun ruolo sanante rispetto all'assenza di uno dei requisiti" (142).

Ne deriva, allora, un quadro in cui il privato che ha maturato un assenso silenzioso rispetto alla propria istanza è in una posizione di “maggiore fragilità” rispetto a colui che è stato destinatario di un provvedimento espresso⁸⁶. Un quadro che sembra condurre al rischio che l'autotutela per annullare gli effetti del silenzio assenso costituisca una sorta di seconda *chance* per la p.a. di rimediare alla propria inefficienza, certificata dall'inerzia, e tornare sull'attività del privato per porla nel nulla⁸⁷.

In tale quadro, viene in rilievo l'interrogativo di quale sia il ruolo dell'affidamento del privato che abbia beneficiato degli effetti di un assenso silenzioso. A tale questione occorre ora porgere la dovuta attenzione.

4. *Il problema della tutela dell'affidamento nell'ambito dell'esercizio del potere di autotutela della p.a. in ordine agli effetti dell'assenso ottenuto per silentium dal privato*

Arrivati a questo punto, occorre domandarsi quale tutela sia consentita al privato nell'ambito del procedimento di autotutela instaurato dalla p.a. per porre nel nulla gli effetti dell'assenso silenzioso della p.a. alla propria istanza. L'interrogativo risiede, in particolare, sulla rilevanza da attribuire all'affidamento, di cui occorre anche comprendere la natura (eventualmente) giuridica nella fase del procedimento di autotutela, quando l'amministrazione è tenuta a comparare l'interesse pubblico con quello dei beneficiari degli effetti del silenzio assenso. Per inquadrare l'affidamento nell'ambito dell'autotutela qui in esame, occorre fare riferimento, essenzialmente, a due elementi.

Il primo ha carattere temporale, riguardando il momento iniziale in cui il fenomeno viene ad esistere. È discutibile che rilevi a tal fine il protrarsi dell'inerzia della pubblica amministrazione. L'amministrazione

Critica in ordine al rilievo di tale attestazione anche M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., che ne sottolinea l'inidoneità a fornire al privato garanzie dinanzi ad una giurisprudenza che continua a subordinare la sussistenza del titolo legittimante l'attività del privato ai presupposti e ai requisiti stabiliti dalla legge (24).

⁸⁶ M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 36.

⁸⁷ M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 26.

è già rimasta inerte durante il procedimento ed è legittimata (dall'art. 20, comma 3 e dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990) ad annullare gli effetti determinati dal proprio silenzio assenso entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi. Elemento, questo, che conduce ad escludere che si possa parlare di inerzia dell'amministrazione sino al momento in cui la stessa è legittimata ad agire in autotutela⁸⁸. Superato tale momento, l'annullamento è escluso *ope legis*, salvo il caso previsto dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*⁸⁹. Il sorgere dell'affi-

⁸⁸ Un ragionamento analogo, sia pure con riferimento alla fattispecie dell'annullamento in autotutela del provvedimento favorevole, è effettuato da F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., 855. Sempre con riferimento alla sopra indicata fattispecie, L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, cit., che riconduce il sorgere dell'affidamento alla "protratta efficacia di un provvedimento", arriva, come accennato, ad escludere in radice la rilevanza pratica del fenomeno, visto che prima dello spirare del termine entro cui può essere disposto l'annullamento d'ufficio del provvedimento favorevole non vi è margine (temporale) per il formarsi della fiducia e dopo lo spirare del termine l'annullamento non è più consentito (243).

⁸⁹ 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 dodici 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". In una recente pronuncia di Corte cost., 2 luglio 2025, n. 88, in *cortecostituzionale.it*, viene puntualmente precisato che "[t]ale eccezione, è il caso di ricordare, è interpretata dal giudice amministrativo – sulla base del dato testuale costituito dalla disgiunzione «o» e di un argomento teleologico – nel senso che il termine finale non opera tutte le volte in cui si riscontri che il contrasto tra la fattispecie rappresentata e la fattispecie reale sia rimproverabile all'interessato, tanto se determinato da dichiarazioni false o mendaci la cui difformità, se frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante, dovrà scontare l'accertamento definitivo in sede penale, quanto se determinato da una falsa rappresentazione della realtà di fatto, accertata inequivocabilmente dall'amministrazione con i propri mezzi" (§ 3.2).

Nella stessa direzione, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2025, n. 3876, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 14 agosto 2024, n. 7134, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2024, n. 1926, *ivi*.

Rileva ancora Corte cost. n. 88/2025, cit., che "[l]'operare del termine rigido e la previsione della sua inapplicabilità, con il riespandersi del solo limite del «termine ragionevole», secondo la logica della protezione dell'affidamento solo se meritevole, trova riscontro anche nella loro differente decorrenza: a) la scadenza a mesi si computa – secondo la chiara formula legislativa – «dal momento dell'adozione» del provvedimento

damento sembra, allora, corrispondere con il momento del formarsi del silenzio assenso⁹⁰.

Il secondo elemento ha carattere sia soggettivo sia oggettivo: l'affidamento sorge perché il privato, in buona fede e dunque senza colpa, ripone fiducia nella stabilità degli effetti (nel caso) del silenzio favorevole. È logico ritenere che lo stato soggettivo del destinatario sia elemento indefettibile del concetto di affidamento: in tanto si può confidare nel fatto che la situazione giuridica di cui si è divenuti titolari sia stabile nel tempo, in quanto si è consapevoli della legittimità della situazione che ne costituisce il presupposto⁹¹. L'assenza di tale consapevolezza esclude logicamente il sorgere dell'affidamento.

Gli elementi strutturali che connotano il concetto di affidamento ne segnano anche l'irrilevanza nell'ambito della dinamica del procedimento di annullamento in autotutela. Innanzitutto, perché la funzione dell'affidamento è già svolta dall'interesse legittimo. È indubbio come sia tale figura giuridica ad ergersi a tutela della situazione favorevole determinata dal silenzio assenso, fungendo da contraltare al potere dell'amministrazione, consentendo di porre il citato interesse tra quelli da ponderare unitamente all'interesse pubblico sotteso all'esigenza di annullare gli effetti determi-

di primo grado; b) diversamente, il termine ragionevole – secondo la giurisprudenza amministrativa – ha il suo avvio dal momento della scoperta dell'illegittimità da parte della PA. Infatti, in questo secondo caso, l'amministrazione è nell'impossibilità, in un momento anteriore, di conoscere fatti e circostanze rilevanti a causa del comportamento imputabile al soggetto che ha beneficiato del provvedimento. In senso opposto, nel primo caso, l'esclusione della «decorrenza mobile» si spiega con la ragione che non può la negligenza dell'amministrazione procedente tradursi nel suo vantaggio di differire continuamente il *dies a quo* per l'esercizio della potestà di annullamento" (§ 3.2).

Nella stessa direzione, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, tra le altre, Cons. Stato n. 7134/2024 e n. 1926/2024, cit.

⁹⁰ Possono essere richiamate al riguardo le osservazioni fatte da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., sempre con riferimento al diverso (ma sovrapponibile, con riferimento al profilo in esame) caso dell'affidamento riposto nel provvedimento favorevole, secondo cui "il peso dell'interesse, del beneficiario del provvedimento favorevole riflette la situazione di fatto che si è creata in conseguenza del provvedimento, e non il tempo che è passato dall'emanazione di questo – anche se il breve tempo trascorso rende meno probabile che esso abbia prodotto modificazioni significative, destinate a influenzare l'esito della procedura" (833).

⁹¹ Nel caso del silenzio assenso, il privato non può che confidare nella legittimità dell'istanza presentata, per essere in linea con i requisiti richiesti dalla legge.

nati dall'assenso silenzioso. In secondo luogo, perché la considerazione dell'affidamento, soprattutto se guardato dalla prospettiva di chi lo considera situazione giuridica soggettiva autonoma⁹², non determina alcuna tutela aggiuntiva per il privato, andando, forse, a detrimento di quest'ultimo laddove gli impone di dimostrare lo stato soggettivo di buona fede, che non rileva in capo al titolare dell'interesse legittimo⁹³, con un *surplus* di sforzo in sede processuale a livello di ulteriore allegazione di fatti e di (indispensabile) loro dimostrazione.

Insomma, dire che il privato ha fatto affidamento, in buona fede, sugli effetti dell'assenso per *silentium* rischia di costituire una formula vuota, che si perde nei meandri della tecnica del bilanciamento⁹⁴. Nutrire affidamento, nella dinamica dell'annullamento in autotutela, nulla aggiunge e nulla toglie a ciò che il privato già ha all'interno della propria sfera giuridica⁹⁵:

⁹² Si rinvia sul punto alle diverse linee teoriche sul concetto di affidamento, riportate all'interno del precedente § 3.

⁹³ Lo ricordano anche N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimento illegittima della P.A.*, cit., 780; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., 836 ss.

⁹⁴ Come in concreto avviene, se si pensa a quanto osserva un attento Autore, secondo cui "è agevole rilevare che le verifiche del giudice amministrativo sull'osservanza o meno del principio di affidamento sono svolte di norma nella logica dell'eccesso di potere, e non seguendo i canoni della violazione di legge": A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 2, 9.

⁹⁵ In questa direzione, anche G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., 143.

Pregevole è lo sforzo di W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, cit., di affrancare il fenomeno del legittimo affidamento, che viene associato al principio di buona fede in senso oggettivo (145), dalla dinamica del bilanciamento, elevando l'interesse legittimo tutelato nell'ambito dell'esercizio del potere di annullamento in autotutela a posizione giuridica dotata di "particolare forza" (149), così giungendo alla conclusione che "in una fattispecie nella quale la pubblica amministrazione abbia ingenerato nel cittadino un'aspettativa giuridicamente rilevante circa la stabilità di una determinata situazione di vantaggio, il dovere di agire secondo lealtà e correttezza assume il significato della necessità di garantire, in via ordinaria, il rispetto di quella posizione giuridica. Ciò comporta che nell'esercizio del proprio potere, nelle tre fasi di avvio, istruttoria e decisoria, l'amministrazione incontra un dovere aggiuntivo di prendere in considerazione e valutare scrupolosamente non solo l'interesse del privato genericamente inteso, ma la sua posizione come rafforzata in ragione della titolarità della situazione di legittimo affidamento" (149).

l'interesse alla (e, dunque, anche la fiducia nella) conservazione degli effetti del silenzio assenso. Interesse (e corrispondente fiducia) peraltro segnato(/i) dall'incombere dell'autotutela, che può sempre manifestarsi laddove la cura dell'interesse pubblico lo richieda e di cui il privato non può che essere consapevole essendo prevista dalla legge.

Diversa è la questione legata alla tutela del privato nel caso in cui la p.a. annulli gli effetti dell'assenso formatosi per silenzio e tale annullamento diventi inoppugnabile⁹⁶. In tale caso, emerge il dubbio se il privato possa essere tutelato in ragione dell'inerzia inizialmente mantenuta dalla p.a., degli effetti che tale inerzia ha determinato in capo al privato (di assenso tacito dell'istanza) e dell'annullamento di tali affetti alla luce della valutazione postuma di illegittimità dell'istanza stessa.

Nel caso, si pone il problema se vi possa essere una tutela dell'affidamento riposto dal privato nella situazione favorevole maturata per effetto del silenzio. In questo caso sembra venire in rilievo la figura concettuale dell'affidamento incolpevole⁹⁷, deluso in conseguenza dell'annullamento degli effetti del silenzio assenso. Emerge, allora, la posizione del privato che in buona fede ha confidato nella stabilità di tali effetti⁹⁸. Il problema si pone, in particolare, soprattutto in ordine a casi in cui il provvedimento di annullamento in autotutela deriva da un accertamento della mancata sussistenza dei requisiti di legge per accogliere la domanda ampliativa del privato in virtù di una interpretazione (non univoca) della p.a. In tal caso, invero, il privato ben potrebbe riporre fiducia, in buona fede, sulla legittimità e correttezza della sua istanza, potendo non tenere in considerazione l'opposta linea interpretativa dell'amministrazione.

In concreto, però, sembra che tale dovere aggiuntivo ridondi in un onere motivazionale rafforzato (149), che comunque verrebbe imposto all'amministrazione che si confronta con l'interesse legittimo che tutela il privato che ripone fiducia nella stabilità del provvedimento favorevole di cui è stato destinatario.

⁹⁶ Tanto perché non contestato in giudizio, quanto perché accertato in sede giurisdizionale in via definitiva.

⁹⁷ Si veda *supra*, *sub* § 3.

⁹⁸ Si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., la quale, con riferimento al caso dell'affidamento riposto nel provvedimento favorevole, osserva che, nel l'ipotesi in cui lo stesso sia definitivamente deluso (per effetto dell'annullamento del provvedimento favorevole), "trova sistemazione il requisito soggettivo dell'affidamento (la sua incolpevolezza), che è essenziale per la nozione di affidamento secondo buona fede, e che nell'affidamento legittimo non svolge una funzione apprezzabile" (846-847).

Non sembra, però, che la sfera giuridica del privato sia tutelata nel caso in esame dall'affidamento incolpevole. Ad emergere, anche in questo caso, è l'interesse legittimo. È vero che l'inerzia è un comportamento normativamente consentito, idoneo a produrre gli stessi effetti del provvedimento di accoglimento della domanda (in virtù dell'art. 20, comma 1, della legge n. 241 del 1990). È anche vero che in capo all'amministrazione permane il dovere di provvedere, giacché, come detto, l'inerzia non rappresenta un modo alternativo di esercizio della funzione. Ne deriva, allora, che in caso di inerzia colpevole, intesa nel senso che l'amministrazione non ha provveduto, ma avrebbe dovuto adottare un provvedimento negativo, la stessa pone in essere un contegno repressibile in quanto contrario al corretto e legittimo svolgimento della funzione.

Ad essere lesa è l'interesse legittimo che germina nel procedimento di primo grado. Non già l'interesse legittimo quale interesse materiale al provvedimento/comportamento favorevole⁹⁹, bensì l'interesse alla legittimità del provvedimento/comportamento della p.a., situazione giuridica soggettiva, parimenti di rilievo materiale, che coabita con il primo nell'articolato svolgimento del rapporto giuridico amministrativo dinamico¹⁰⁰. La prima riguarda, appunto, l'interesse a che la pubblica amministrazione provveda ovvero si comporti in modo corretto e legittimo. La riprova più evidente dell'esistenza di tale distinta situazione giuridica soggettiva risiede nella emanazione del provvedimento sfavorevole ed illegittimo: in tal caso, il privato che agisce in giudizio per tentare il ripristino della legittimità in ipotesi violata dal provvedimento sfavorevole pone tale situazione giuridica soggettiva, e solamente questa, a fondamento della propria azione¹⁰¹. La fattispecie dell'annullamento d'ufficio in autotutela

⁹⁹ Si fa qui riferimento alla nota ricostruzione teorica sull'interesse legittimo riconducibile a Franco Gaetano Scoca, la quale, oltre a conferire una compiuta dignità teorica al concetto, ne esalta la dimensione unitaria, rispetto alle sue due note declinazioni (di interesse legittimo pretensivo e oppositivo), che risiede in ciò: tale situazione giuridica soggettiva è inquadrabile come interesse al provvedimento ovvero al comportamento favorevole, tanto nel caso in cui vi sia il fine di acquisire un nuovo bene della vita, quanto nel caso in cui si voglia conservarlo: F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 305.

¹⁰⁰ E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico dinamico*, in *Giustamm*, 2017, 12.

¹⁰¹ L'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva sostanziale (quello al provvedimento/comportamento favorevole, per dirla con F.G. Scoca) si pone a fondamento di tale azione, ma ne costituisce solamente il presupposto logico e giuridico, nulla più: sul punto, sia consentito il rinvio a J. VAVALLI, *Azione di annullamento e tutela dell'interesse legittimo pretensivo. Un nuovo modello teorico*, Torino, 2023 (spec. 46 ss.).

consente di trarre una ulteriore conferma dell'esistenza e del rilievo giuridico (non solo teorico, ma anche pratico) dell'interesse alla legittimità. All'interno di tale fattispecie, applicata al caso del silenzio assenso, invero,

In tale studio, in sintesi estrema: si fa riferimento al disallineamento che esiste nella fase di cognizione del processo amministrativo di legittimità su interessi legittimi pretensivi, tra la situazione giuridica soggettiva che (pressoché unanimemente) dottrina e giurisprudenza considerano interessata dal medesimo processo, e cioè l'interesse legittimo materiale, avente ad oggetto la pretesa di provvedimento favorevole/il bene della vita e quella di cui effettivamente viene richiesta tutela in giudizio, e cioè l'interesse a far emergere *tout court* l'illegittimità del provvedimento impugnato (5); si individua l'interesse alla (o per meglio dire, al ripristino della) legittimità quale unica situazione giuridica soggettiva dedotta nel processo di annullamento a tutela dell'interesse legittimo pretensivo, che assurge anche ad oggetto del processo medesimo (35 ss.); si rileva la natura sostanziale di tale situazione giuridica soggettiva, essendo la legittimità l'oggetto dell'interesse legittimo del privato che origina dal rapporto con la pubblica amministrazione derivante da situazioni pretensive, anche a fronte della tutela che l'ordinamento appresta nel caso di sua violazione nonché delle conseguenze di ordine risarcitorio che tale violazione è idonea a determinare (50); si pone in rapporto l'interesse alla legittimità con l'interesse legittimo pretensivo, situazione giuridica soggettiva, sempre di interesse legittimo, che si affianca alla prima e che diviene rilevante per effetto dell'esercizio del potere amministrativo: si tratta dell'interesse al provvedimento/comportamento favorevole, che non costituisce la situazione giuridica soggettiva alla luce della quale il privato domanda tutela nel processo di annullamento, ma il presupposto logico e giuridico dell'azione di annullamento del provvedimento che si assume illegittimo (53 ss.).

È chiaro che l'impostazione che si sta portando avanti si fonda sulla concezione dell'interesse legittimo come interesse al provvedimento favorevole, in cui l'interesse al il bene della vita (*id est*, l'interesse finale) non è un elemento costitutivo della fattispecie, ma si colloca in una "realtà pregiudiziale": A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, 2010, 73.

L'impostazione non potrebbe essere mantenuta in virtù della linea teorica, autorevolmente sostenuta, per cui l'interesse legittimo rappresenta la pretesa del privato del bene della vita: G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 486. In tal caso, l'interesse legittimo viene assimilato a un diritto di credito, ma sottoposto a una condizione potestativa altrui: ID., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 162.

Sul solco di tale ordine concettuale, secondo cui l'interesse legittimo è un diritto di credito, si pone L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 175 ss.; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 643.

l'interesse in questione viene leso per effetto della complessa fattispecie costitutiva riconducibile: *a)* al formarsi del silenzio assenso per effetto dell'inerzia della p.a.; *b)* alla emanazione del provvedimento di secondo grado di annullamento in autotutela di tali effetti, volto a porre rimedio alla asserita (in un primo momento) illegittimità della fattispecie assentita per *silentium*; *c)* alla conferma di tale annullamento, volta a cristallizzare l'illegittimità degli effetti del silenzio assenso, acquisita in via giurisdizionale, mediante il definitivo rigetto del ricorso avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio, ovvero per effetto della mancata impugnazione di tale provvedimento.

Altro è l'interesse legittimo al provvedimento/comportamento favorevole, che emerge nell'ambito della prima istanza del privato, assentita in modo silenzioso, e che, nella complessa fattispecie ora in esame, si pone a fondamento dell'azione con cui il privato tenta di difendere il detto provvedimento inciso dal riesercizio del potere amministrativo in sede di autotutela¹⁰².

È, dunque, l'interesse alla legittimità la situazione giuridica soggettiva lesa all'esito dell'annullamento d'ufficio in autotutela degli effetti del silenzio assenso (inoppugnabile). Si tratta di una situazione giuridica soggettiva che subisce un danno (potenziale) dalla emanazione di un assenso implicito a una istanza del privato *ab origine* illegittima, ma che viene in rilievo in un secondo momento (in fase di autotutela). Danno che sembra collocarsi nell'ambito della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, alla luce dei principi espressi dalla più recente giurisprudenza amministrativa¹⁰³.

¹⁰² Emblematico di tale ordine concettuale, secondo cui esiste una coabitazione tra un interesse materiale (al provvedimento/comportamento favorevole) e un interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, è il pensiero di E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, secondo cui “[l]’interesse alla legittimità e interesse individuale da essa contemplato non son concetti contraddittori, ogniqualvolta per il soggetto, ai fini della sperata realizzazione di un suo interesse materiale, sia indispensabile ottenere la repressione della illegittimità. La concessione del ricorso giurisdizionale implica dunque la piena protezione e soddisfazione dell’interesse alla legittimità dell’atto amministrativo, in quanto, salvo rare eccezioni consentite dalla legge, esso sia «fissato» in un soggetto, ossia collegato appunto con un suo interesse materiale che, attenendo a quella particolare situazione giuridica su cui opera l’atto amministrativo e di cui il soggetto si affermi e dimostri titolare, viene a sua volta leso dall’atto stesso” (618; si veda anche 622-623).

¹⁰³ Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 143 ss.,

Abstract

Il presente lavoro si occupa di indagare il tema del silenzio assenso e dell'affidamento riposto dal privato nell'aver beneficiato degli effetti favorevoli della condotta inerte dell'amministrazione. All'esito di un inquadramento teorico del fenomeno del silenzio assenso, lo studio si sofferma sull'ampiezza dei poteri di autotutela dell'amministrazione rispetto agli effetti generati dall'assenso implicito che la stessa amministrazione ha rilasciato con riferimento all'istanza ampliativa del privato.

Si esamina, poi, il concetto di affidamento e la sua rilevanza, ai fini della tutela della sfera giuridica del privato, all'interno della fattispecie dell'annullamento in autotutela degli effetti del silenzio assenso. L'indagine conduce a ritenere che sia l'interesse legittimo a tutelare il privato sia nell'ambito del richiamato procedimento di autotutela sia al fine di consentire una eventuale pretesa risarcitoria in conseguenza della lesione della propria sfera giuridica.

con nota di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in cui, come ha avuto di affermare un autorevole Autore, “vi è stata una decisa presa di posizione a favore della responsabilità extracontrattuale che si basa su una sequenza argomentativa che può essere così riassunta: (i) il rapporto tra PA e privati, che si instaura nel procedimento, non è un rapporto paritario in quanto la PA esercita in ogni caso poteri unilaterale destinati a produrre effetti sulla sfera giuridica dei destinatari a prescindere dal loro consenso; (ii) tale elemento impedisce di potere ricondurre la responsabilità per i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo nello schema del rapporto contrattuale o da contatto sociale qualificato, che è invece un rapporto paritario; (iii) la circostanza che l'interesse legittimo sia una situazione attiva, rilevante sul piano sostanziale, non muta la relazione tra pubblica amministrazione e privato, che è (e rimane) per usare le parole dei giudici una relazione che va “configurata in termini di supremazia”; (iv) esistono dati di diritto positivo che militano a favore dell'inquadramento della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo e segnatamente quelli in cui si fa riferimento al danno ingiusto e al danno derivante dalla inosservanza colposa o dolosa del termine di conclusione del procedimento”: A. ZITO, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per attività provvedimentale illegittima*, cit., 827.

The tacit administrative consent and the issue of protecting
the legitimate expectations of private parties

This paper investigates the topic of tacit consent and the legitimate expectation held by a private party who has benefited from the favourable effects of the administration's inaction. Following a theoretical framework of the tacit consent phenomenon, the study focuses on the scope of the administration's self-protective powers concerning the effects generated by the implied consent that the administration itself granted in relation to the private party's ampliative application.

Subsequently, the paper examines the concept of legitimate expectation and its relevance for the protection of the private party's legal sphere within the specific case of the annulment *ex officio* of the effects of tacit consent. The investigation leads to the conclusion that the legitimate interest is what protects the private party both within the aforementioned self-protective proceeding and for the purpose of allowing for a potential claim for damages following the infringement of their legal sphere.

Cybersicurezza nazionale e disciplina dei contratti pubblici: l'attuale "stratificazione" normativa e il rapporto con il principio di trasparenza*

di Giovanni Botto

SOMMARIO: 1. Premessa: il complesso equilibrio fra trasparenza e sicurezza cibernetica nell'ambito della contrattualistica pubblica. – 2. Una (seconda) precisazione a carattere introduttivo: le due diverse dimensioni d'interesse del tema concernente il rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e la normativa in materia di sicurezza cibernetica – 3. La sicurezza cibernetica delle stazioni appaltanti: principali profili di rilievo. – 4. Gli elementi di sicurezza cibernetica nell'ambito del procurement di beni e servizi ICT: una progressiva stratificazione. – 4.1. I due primi (e più superficiali) livelli normativi e la trasparenza come "comprensibilità". – 4.2. La disciplina applicabile ai soggetti rientranti nell'ambito del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (PSNC): un'importante eccezione al diritto di accesso ai documenti amministrativi. – 4.3. Il caso dei c.d. "golden powers" e alcune recenti innovazioni in materia di rete 5G. – 4.4. I contratti pubblici dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN): l'assenza del principio di trasparenza e l'istituzionalizzazione della "fiducia". – 5. Considerazioni a carattere conclusivo.

1. *Premessa: il complesso equilibrio fra trasparenza e sicurezza cibernetica nell'ambito della contrattualistica pubblica*

Nel corso delle pagine che seguono si tenterà di ricostruire, tramite l'impiego di una particolare lente di osservazione, quella della trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici, la più recente disciplina in materia di sicurezza cibernetica nazionale.

In particolar modo, come emergerà da quanto scritto di seguito, si affronteranno vari profili, con l'obiettivo di calare la riflessione all'interno

* Questo lavoro è il risultato della ricerca condotta dall'autore nell'ambito del progetto di ricerca SERICS (Partenariato Esteso PE00000014 "SERICS SEcurity and RIghts in the CyberSpace", finanziato nell'ambito del Programma PNRR del MUR – Missione 4, Componente 2, Investimento 1.3 – Avviso Pubblico "Partenariati estesi a università, centri di ricerca, imprese per il finanziamento di progetti di ricerca di base" – Decreto n. 341 del 15 marzo 2022). Inoltre, il lavoro è anche il risultato di ulteriore ricerca condotta dall'Autore nell'ambito del progetto PRIN 2022 (scorrimento) "Ordine pubblico e sicurezza informatica" (Codice progetto: 022ZNBAFS – CUP D53C24004630006).

dei diversi e via via più profondi livelli della normativa in parola, al fine di ricostruire i principali obblighi cui i soggetti coinvolti soggiacciono, la loro *ratio* rispetto al quadro complessivo della disciplina e l'equilibrio raggiunto rispetto alle esigenze di trasparenza che dovrebbero informare l'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Ciò posto dal punto di vista degli obiettivi dello studio, si deve senz'altro prendere avvio da una delle caratteristiche principali della disciplina dei contratti pubblici, ossia – in controtendenza rispetto al suo caratteristico tecnicismo – la diretta aderenza ad una serie di principi generali del diritto amministrativo, che ne conformano l'operatività.

Ciò è oggi particolarmente evidente in ragione della sistematizzazione approntata dal d.lgs. n. 36/2023¹, che, come noto, dedica un'ampia sezione iniziale (Libro I, Parte I, Titolo I) proprio all'enucleazione dei principi generali che debbono informare l'attività delle stazioni appaltanti nell'ambito dei procedimenti di approvvigionamento: il principio del risultato, il principio della fiducia, il principio dell'accesso al mercato, i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, i principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, il principio di auto-organizzazione amministrativa, il principio di autonomia contrattuale, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore².

Ai presenti fini, è interessante notare come dalla lettura delle disposizioni concernenti i menzionati principi generali del codice dei contratti pubblici – al cui testo, per ragioni di spazio ed economia della trattazione, si rinvia – emerga un elemento fondamentale che il legislatore accosta, di volta in volta, al risultato, alla fiducia, al buon andamento, all'imparzialità e via dicendo: ossia, la trasparenza delle procedure di gara³.

¹ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

² Non rientra fra gli obiettivi del presente scritto l'analisi specifica e approfondita di tali principi, rispetto ai quali si rimanda, fra gli altri, a F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it, 8 giugno 2023; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; 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 ss.

³ Sul punto, fra gli altri, E. MIDENA, *Per una trasparenza semplificata nei contratti pubblici*:

In particolare, detto canone di trasparenza, nell'ambito del nuovo codice, seppure non autonomamente valorizzato all'interno del Titolo dedicato ai principi generali, costituisce un valore comune e funzionale alla concreta applicazione dei principi generali poc'anzi riportati e assurge a vero e proprio principio generale all'inizio della Parte II, del Libro I, del codice dei contratti, dedicata alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, il cui art. 19, c. 1, afferma che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti [...] garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e operano secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica».

Ancora, il successivo articolo 20 (rubricato proprio "principi in materia di trasparenza"), statuisce che «fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, a fini di trasparenza i dati, le informazioni e gli atti relativi ai contratti pubblici sono indicati nell'articolo 28 e sono pubblicati secondo quanto stabilito dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33», «le comunicazioni e l'interscambio di dati per le finalità di conoscenza e di trasparenza avvengono nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni» e che «le regioni e le province autonome assicurano la trasparenza nel settore dei contratti pubblici».

Il principio in parola, come noto, è caratterizzato da una doppia, importante connotazione: sotto un primo punto di vista la trasparenza consiste nella piena accessibilità dell'attività amministrativa, permettendo una forma di controllo diffuso dell'attività della pubblica amministrazione; sotto un secondo punto di vista, nell'ambito delle procedure selettive, la trasparenza consiste anche nella comprensibilità dei requisiti da soddisfare, che si riverbera sulla trasparenza della motivazione degli atti di aggiudicazione. Richiamando autorevole dottrina sul tema, si può dire che la trasparenza, pertanto, consista nella «conoscibilità delle procedure di gara, nonché dell'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure, è funzionale alla massima

il codice dei contratti e le iniziative dell'Anac, in *Studi e ricerche* 37, 2024, 41 ss., ove si afferma che «Il principio di trasparenza è richiamato più volte nell'ultimo codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 36/2023. La trasparenza è presente nei principi generali – risultato, fiducia e accesso al mercato – costituendo sia un 'limite' da rispettare, sia un mezzo per garantire obiettivi previsti nel codice, sia uno dei connotati ontologici dell'attività delle pubbliche amministrazioni cui si lega il principio di fiducia».

semplicità e celerità nella corretta applicazione del codice e ne assicura la piena verificabilità»⁴.

Ebbene, nell'ottica che qui interessa, deve sottolinearsi, sempre in via di introduzione, che le politiche e le misure volte a garantire un elevato livello di cybersicurezza delle pubbliche amministrazioni entrano sovente in tensione – rendendo necessario un complesso bilanciamento di interessi – con le esigenze di trasparenza di cui si è appena scritto, in ragione dell'attinenza delle prime ad esigenze di sicurezza nazionale e di ordine pubblico, con cui le seconde potrebbero, invece, entrare in conflitto.

In altri termini, l'effettività delle azioni poste a protezione della sicurezza cibernetica dipende, in maniera determinante, dalla segretezza delle misure di volta in volta adottate e il grado e l'intensità della tensione tra le esigenze di segretezza e quelle di trasparenza risulta strettamente legato al livello normativo (tra quelli che si individueranno a breve) di riferimento, con il risultato di un complesso sistema normativo a geometria variabile, dal quale possono trarsi interessanti considerazioni circa il rapporto tra autorità e collettività nell'era della digitalizzazione (e dei suoi rischi).

2. *Una (seconda) precisazione a carattere introduttivo: le due diverse dimensioni d'interesse del tema concernente il rapporto tra la disciplina della dei contratti pubblici e la normativa in materia di sicurezza cibernetica*

Il rapporto tra cybersicurezza e normativa sui contratti pubblici è divenuto, nel corso degli ultimi anni, un tema di crescente rilevanza, al quale il legislatore sta dedicando sempre maggiore attenzione, a partire dal presupposto per cui la protezione dei dati, delle informazioni e delle infrastrutture digitali è essenziale non solo per garantire l'efficienza e la trasparenza delle procedure amministrative, ma anche per preservare la fiducia dei cittadini e degli utenti nei confronti delle istituzioni e del loro corretto funzionamento.

In tale contesto, la disciplina sui contratti pubblici è stata sottoposta ad un notevole processo evolutivo teso ad includere specifiche considerazioni di cybersicurezza tra i requisiti fondamentali che caratterizzano la selezione dei fornitori, l'esecuzione dei contratti e la generale gestione delle gare d'appalto. Le autorità pubbliche, infatti, sono chiamate a garan-

⁴ R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, II ed., Torino, 2025, 12.

tire che i contratti stipulati con i fornitori di beni e servizi tecnologici rispettino adeguati *standard* di sicurezza informatica, al fine di prevenire i rischi legati ai diversi tipi di attacchi informatici possibili.

In altri e più chiari termini, le ragioni per cui è possibile individuare un nesso fondamentale tra le politiche pubbliche in materia di sicurezza cibernetica e la disciplina della contrattualistica pubblica sono essenzialmente due, cui corrispondono, evidentemente, le due principali dimensioni d'interesse della tematica in parola (le quali, come si vedrà, emergono direttamente dal più recente intervento del legislatore italiano in materia di contrattualistica pubblica⁵): da un lato, in ragione del fondamentale ruolo che ricoprono, sussiste l'evidente esigenza di garantire la sicurezza cibernetica delle c.d. "stazioni appaltanti" (ossia dei soggetti pubblici cui è affidato lo svolgimento delle procedure); d'altro lato, invece, s'impone la necessità di garantire che le tecnologie e i servizi informatici acquisiti (e, di conseguenza, utilizzati) dalle pubbliche amministrazioni siano sicuri, resistenti e resilienti sotto il profilo cibernetico⁶.

Sotto il primo profilo, pertanto, si pone chiaramente una questione attinente alla funzione di organizzazione (o "organizzatrice"⁷) di quel

⁵ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), modificato e integrato dal D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36).

⁶ Da un punto di vista generale, deve notarsi sin d'ora, a prova della sua rilevanza, che l'argomento in questione è recentemente divenuto anche oggetto d'interesse dottrinale. Possono richiamarsi, ad esempio, i contributi di S. ROSSA, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, Napoli, 2023; ID., *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Ceridap*, 2024, 2; T. COCCHI, *La cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici: un tentativo di ricostruzione delle regole del gioco tra requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione ed esigenze di certezza*, in *Munus*, 2024, 1, 177 ss.; L. NANNIPIERI, *Cybersicurezza e appalti. Interventi legislativi e prime criticità*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, 2, 71 ss.; S. FRANCARIO, *Appalti pubblici e cybersicurezza. La disciplina speciale dell'acquisto di beni e servizi informatici nei settori sensibili dopo il DPCM 30 aprile 2025*, in *www.giustiziasieme.it*, 2025; M. MATASSA, *La sicurezza cibernetica come funzione pubblica*, Milano, 2025; P. HERITIER, S. ROSSA (a cura di), *Cybersecurity e istituzioni democratiche*, Fasc. I e II, Milano, 2025.

⁷ Con le parole, come noto, di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, il quale, nell'ambito del menzionato studio, poneva in evidenza il rapporto di diretta comunicanza che sussiste fra l'organizzazione di una pubblica amministrazione e la sua attitudine a svolgere le funzioni affidatele

particolare tipo di amministrazione che è costituito dalle stazioni appaltanti, ossia una problematica concernente gli strumenti, il personale e le procedure di cui dette amministrazioni dispongono e disporranno nello svolgimento delle attività che sono loro attribuite dalla legge.

Sotto il secondo profilo, invece, emergono questioni attinenti alla funzione di amministrazione attiva esercitata dalle stazioni di appaltanti, ossia, in linea di estrema sintesi, direttamente incidenti sulla costruzione dei bandi di gara e sul peso che le considerazioni relative al livello di adeguatezza e sicurezza degli strumenti da acquisire devono ricoprire in sede valutazione e comparazione delle offerte.

L'assoluta rilevanza di questo secondo, ulteriore profilo emerge chiaramente se si tiene conto, come efficacemente espresso in dottrina, della «centralità delle logiche di mercato anche [...] nell'ambito della cybersicurezza», posta, infatti, «da consistente domanda di beni e servizi tecnologici delle Pubbliche Amministrazioni, le quali si vedono così chiamate all'aggiudicazione di procedure di acquisto di forniture, servizi e processi di natura *cyber*»⁸, nonché, aggiungerei, a tenere in considerazione i criteri di sicurezza cibernetica in tutti gli acquisti tecnologici.

Come si avrà modo di vedere, nel corso della trattazione si farà riferimento principalmente alla normativa nazionale rilevante, ciò in quanto, come ricordato dalla dottrina poc'anzi menzionata, «le Direttive 2014/23-

dalle norme. Il tema in questione, proprio nell'ambito degli studi che osservano l'impatto delle nuove tecnologie sulle categorie dell'ordinamento, è vieppiù posto in risalto; a titolo esemplificativo, si possono richiamare i lavori di D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all'uso delle ICT*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2023, 2; G. CARULLO, *La nozione di servizi digitali: un nuovo paradigma per la pubblica amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2023, 2; ID, *Interoperabilità e riflessi organizzativi: il caso della conservazione digitale*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino 20/2021, ID, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2016. In tema, si rimanda anche agli altri interessanti contributi contenuti nel Fascicolo della Rivista *Istituzioni del Federalismo*, 2023, 2, intitolato «La digitalizzazione e l'organizzazione della pubblica amministrazione».

⁸ S. ROSSA, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 340, ove si precisa che «Questo aspetto, che di primo acchito può essere giustificato con la riconduzione di questa materia all'ambito di stretto interesse nazionale dei diversi Paesi membri (nonostante vi sia una precisa disciplina europea in materia di appalti nel settore della difesa), comporta che l'intervento in materia di appalti di cybersecurity sia demandato ai legislatori domestici».

24-25/UE in materia di appalti e concessioni non contengono né una disciplina generale sugli appalti di *cybersecurity* né minime e particolari disposizioni»⁹.

3. *La sicurezza cibernetica delle stazioni appaltanti: principali profili di rilievo*

Un primo ambito meritevole di approfondimento è senza dubbio quello della sicurezza cibernetica delle stazioni appaltanti: in primo luogo, in quanto, a seguito dell'approvazione del nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, esse sono state oggetto di un ampio intervento di riforma (soprattutto con riferimento al problema della loro qualificazione); in secondo luogo, per via del processo di digitalizzazione del c.d. "ciclo di vita" dei contratti¹⁰, posto che, come noto, l'attuale disciplina prevede una parte dedicata alla digitalizzazione delle procedure, la cui rilevanza è corroborata dalla scelta sistematica di raggruppare le disposizioni relative alla digitalizzazione negli articoli da 19 a 36, contenuti nella Parte II (intitolata "della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti") del Libro I del codice (intitolato "dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione").

In particolare, l'art. 19, c. 1, del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti e garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale, operando secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica; ancora, il comma 3, del medesimo articolo, aggiunge che «le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici sono svolti digitalmente, secondo le previsioni del presente codice e del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti», ragione per cui, ai sensi del successivo comma 5,

⁹ *Ibidem*, cit.

¹⁰ La promozione della digitalizzazione in questo settore è, infatti, tra gli obiettivi dettati dal PNRR che prevede, tra l'altro, la realizzazione di un Sistema Nazionale di e-Procurement, volto a raccogliere le spinte di efficienza che giungono dallo sviluppo tecnologico, che riguarda tutta la procedura, dalla fase della programmazione delle esigenze fino all'esecuzione del contratto; il tutto attraverso la realizzazione di una piena interconnessione e interoperabilità tra i sistemi telematici.

le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, nonché gli operatori economici che partecipano alle attività e ai procedimenti, adottano misure tecniche e organizzative a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali; le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, inoltre, assicurano la formazione del personale addetto, garantendone il costante aggiornamento.

In altre parole, quello della “sicurezza informatica” diviene – in ragione della previsione codicistica, che risulta improntata ad una logica di integrazione generale dell’interesse in parola – un principio cardine che deve guidare l’attività delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, informandone per intero l’organizzazione¹¹.

Nell’ambito del particolare contesto degli acquisti di beni e servizi informatici, l’alto livello di sicurezza cibernetica delle stazioni appaltanti dovrebbe, peraltro, derivare dalla circostanza (prevista dalla “Legge di stabilità 2016”) per cui le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione sono tenute ad acquisire beni e servizi informatici e di connettività esclusivamente tramite gli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip S.p.a. o dei soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi¹².

In altri termini, si è già assistito ad un fenomeno di centralizzazione delle committenze e di accorpamento delle stazioni appaltanti – al fine di garantirne l’effettiva capacità di gestione delle gare – che oggi, con il codi-

¹¹ Come ricavabile dal dettato di cui all’art. 21, cc. 1 e 2, del nuovo codice dei contratti pubblici, ove si statuisce che «1. Il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, di norma, si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione. 2. Le attività inerenti al ciclo di vita di cui al comma 1 sono gestite, nel rispetto delle disposizioni del codice dell’amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, attraverso piattaforme e servizi digitali fra loro interoperabili».

¹² Ai sensi dell’art. 1 commi 512-520 della l. 28 dicembre 2015, n. 208 (“Legge di stabilità 2016”). Inoltre, ai sensi del c. 516 della medesima legge, infatti, «le amministrazioni e le società di cui al comma 512 possono procedere ad approvvigionamenti al di fuori delle modalità di cui ai commi 512 e 514 [perciò, in deroga] esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione motivata dell’organo di vertice amministrativo, qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell’amministrazione ovvero in casi di necessità ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa. Gli approvvigionamenti effettuati ai sensi del presente comma sono comunicati all’Autorità nazionale anticorruzione e all’Agid».

ce del 2023, ha trovato più ampia formalizzazione¹³. Con una, importante, differenza: oggi, rispetto al momento di introduzione di dette regole, un ruolo estremamente rilevante è affidato all’Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN), la quale, a tal proposito, ha sottoscritto apposito accordo d’intesa con l’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e l’Agenzia per l’Italia digitale (AgID).

Deve, infatti, segnalarsi una rilevante novità introdotta dal c.d. “correttivo” al codice dei contratti pubblici, entrato (con alcune eccezioni) direttamente in vigore il 1° gennaio 2025¹⁴. Come ovvio, infatti – posto che ai sensi dell’art. 25 del codice dei contratti pubblici «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all’articolo 26» – un tema di estrema importanza, nell’ottica della sicurezza cibernetica delle stazioni appaltanti, è costituito dall’affidabilità delle menzionate piattaforme.

A tal proposito, perciò, il d.lgs. n. 209/2024 è intervenuto proprio sull’art. 26 del codice dei contratti, modificandone i commi 1 e 2 e aggiungendo, in tal modo, l’Agenzia per la cybersicurezza nazionale tra i soggetti cui spetta stabilire le modalità di certificazione dei requisiti tecnici delle piattaforme di approvvigionamento digitale, nonché individuare i requisiti e i titoli richiesti alle piattaforme di approvvigionamento digitale al fine di

¹³ A tal proposito, infatti deve ricordarsi che Gli articoli 62 e ss. del nuovo codice riguardano le aggregazioni e la centralizzazione delle committenze (art. 62), la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 63) e gli appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di altri Stati membri (art. 64). Con tali norme viene parzialmente innovata la disciplina del Codice del 2016. L’art. 1, comma 2, lett. c) della legge delega n. 78 del 2022 ha fissato l’obiettivo della riduzione del loro numero, anche mediante accorpamento, ma ha soprattutto puntato sull’obiettivo della loro riorganizzazione. Il nuovo Codice, dopo aver ribadito l’obiettivo di superare la frammentazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, anche mediante accorpamento, ha privilegiato l’obiettivo della loro migliore organizzazione, anche curando la formazione dei funzionari, in modo da conseguire una maggiore efficacia ed efficienza nell’attuare gare in tempi più rapidi e con una maggiore accuratezza nella predisposizione di progetti e bandi, nonché in fase di gestione ed esecutiva. Tali obiettivi non erano alieni al Codice del 2016 ma sono stati solo in parte realizzati, anche perché non è stato emanato il Decreto attuativo del Presidente del Consiglio dei Ministri. Poiché, come è noto, il nuovo Codice è auto esecutivo, le misure previste non rischiano di restare lettera morta in attesa dell’atto attuativo ma entreranno immediatamente in vigore.

¹⁴ D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209.

dimostrare la conformità delle piattaforme stesse all'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, nonché della sicurezza delle informazioni¹⁵.

Dette regole tecniche – originariamente adottate da AgID nel 2023 – sono state aggiornate il 30 dicembre 2025, con la previsione di alcune, importanti novità.

Il processo di certificazione, infatti, si articola su quattro classi di conformità che coprono l'intero spettro operativo: dalla gestione degli accessi e della tracciabilità (Classe 1), alla redazione di atti nativi digitali e alla gestione del fascicolo di gara (Classe 2), fino alla piena interoperabilità con la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) tramite la Piattaforma Digitale Nazionale Dati (Classe 3) e lo svolgimento di procedure end-to-end validate da organismi di valutazione della conformità (CAB) accreditati (Classe 4). La governance di questo sistema vede l'AgID responsabile della raccolta e verifica dei titoli, mentre l'ANAC gestisce il Registro delle Piattaforme Certificate (RPC), unico strumento che abilita le stazioni appaltanti all'utilizzo di strumenti conformi alla legge.

Le regole tecniche introducono, inoltre, precise disposizioni sull'uso dell'intelligenza artificiale, stabilendo che tali sistemi debbano operare secondo i principi di trasparenza, spiegabilità e non discriminazione, con l'obbligo inderogabile della supervisione umana per ogni decisione che comporti impatti giuridico-economici rilevanti, come l'aggiudicazione o l'esclusione di un operatore. La tracciabilità delle operazioni svolte dall'IA deve essere garantita per permettere al Responsabile Unico del Progetto (RUP) di validare i risultati e motivare le scelte amministrative.

In altri termini, pertanto, con riferimento alle stazioni appaltanti, la questione della trasparenza emerge, innanzitutto, sotto una duplice prospettiva: in primo luogo, le piattaforme di approvvigionamento digitale che esse utilizzano devono rispettare regole tecniche che permettano di farne un vero e proprio strumento di tracciabilità, comprensibilità e accessibilità delle attività che vi transitano; in secondo luogo, la trasparenza viene in rilievo ogni volta che dette piattaforme implementino sistemi di intelligenza artificiale.

Sin dai profili organizzativi, perciò, risulta evidente una doppia dimensione di problematicità, determinata dalla riflessività dei rischi tecnologici: lo strumento digitale, di per sé, è neutro, ma, a seconda delle sue

¹⁵ D.lgs. n. 209/2024, cit., art. 10.

caratteristiche, può costituire sia un limite, sia un mezzo per la trasparenza dell'azione amministrativa. Da qui l'esigenza di regole tecniche come quelle che si sono brevemente menzionate.

Sempre sotto il profilo della trasparenza amministrativa delle stazioni appaltanti e dei loro mezzi informatici, dette regole tecniche contengono un ulteriore elemento di grande interesse: i gestori delle piattaforme (che possono essere le singole stazioni appaltanti) devono garantire che le infrastrutture cloud utilizzate rispettino i requisiti di cui al “Regolamento per le infrastrutture digitali e per i servizi cloud per la pubblica amministrazione” adottato da ACN con il decreto direttoriale n. 21007 del 27 giugno 2024, che stabilisce i livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali e dei servizi cloud per le pubbliche amministrazioni italiane.

Al centro della normativa vi è l'obbligo per le amministrazioni di predisporre un elenco dei propri dati e servizi digitali, classificandoli in tre categorie distinte in base al potenziale pregiudizio derivante dalla loro compromissione: «ordinari», se non vi sono impatti significativi; «critici», se il pregiudizio riguarda funzioni sociali, salute, sicurezza pubblica o benessere economico; e «strategici», qualora la compromissione possa danneggiare la sicurezza nazionale. In particolare, tutti i dati e servizi soggetti al perimetro di sicurezza nazionale cibernetica sono automaticamente considerati strategici.

Il regolamento introduce un processo di qualificazione per i servizi cloud privati e di adeguamento per le infrastrutture e i servizi pubblici, articolato su quattro livelli di sicurezza crescente (livelli 1-4) che determinano quali asset possono ospitare specifiche classi di dati. Nello specifico, i dati strategici possono essere trattati esclusivamente da infrastrutture e servizi di livello 3 o 4, i quali devono garantire la localizzazione dei dati e dei metadati relativi all'amministrazione sul territorio dell'Unione Europea.

In particolare, il sistema di trasparenza delineato dal regolamento si impernia sul Catalogo delle infrastrutture e dei servizi cloud per le pubbliche amministrazioni, uno strumento pubblico volto a elencare i soggetti qualificati e le relative informazioni descrittive.

Tuttavia, la normativa prevede specifici limiti a tale visibilità pubblica a tutela della sicurezza: l'articolo 16 stabilisce, infatti, che gli operatori di infrastrutture e i fornitori di servizi possono presentare una motiva-

ta richiesta di non pubblicazione nel catalogo, soggetta alla valutazione dell'ACN, impedendo di fatto la diffusione di dettagli tecnici che potrebbero esporre l'amministrazione a rischi. Un altro elemento di riservatezza risiede nella gestione del personale, per il quale è previsto un addestramento specifico sui requisiti per la non divulgazione e sulla tutela della confidenzialità dei dati, sia in chiaro che cifrati.

Per quanto concerne i dati classificati come strategici, ovvero quelli la cui compromissione potrebbe danneggiare la sicurezza nazionale, il limite alla trasparenza e alla circolazione delle informazioni diventa ancora più stringente. In tali contesti, le misure tecniche di cifratura garantiscono che l'amministrazione mantenga l'accesso esclusivo ai dati in chiaro, specialmente attraverso modelli come l'*Hold Your Own Key* (HYOK, ossia un modello di sicurezza informatica in cui il proprietario dei dati mantiene il controllo esclusivo e fisico delle proprie chiavi di cifratura), che negano al fornitore stesso la possibilità di visualizzare il contenuto delle informazioni trattate.

Anche la gestione dei metadati segue logiche di segretezza: i metadati relativi all'amministrazione non devono permettere di estrarre i dati originali e, nel caso di infrastrutture di livello elevato, ogni richiesta di accesso da parte di entità extra-UE deve essere segnalata all'ACN e autorizzata esplicitamente dall'amministrazione interessata.

Infine, informazioni operative sensibili come le metodologie di verifica del personale (*vetting*) con accesso privilegiato e gli elenchi nominativi dei dipendenti autorizzati non sono accessibili pubblicamente, ma vengono resi disponibili esclusivamente all'amministrazione cliente, creando un perimetro di riservatezza che tutela l'integrità dei sistemi critici dello Stato.

In definitiva, pertanto, l'assetto normativo costituitosi, a seguito del correttivo 2024 al codice degli appalti, intorno alle piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti, che, come si è detto, voleva integrare nelle regole di certificazione delle stesse opportune considerazioni di cybersicurezza, mostrano fin da subito il complesso rapporto che sussiste fra la digitalizzazione dei contratti pubblici, la disciplina sulla cybersicurezza e il principio generale di trasparenza: d'un canto, il legislatore ha demandato alle autorità competenti l'adozione di regole tecniche volte a garantire la piena trasparenza delle piattaforme digitali; d'altro canto, tali regole risultano integrate da altre disposizioni, più precisamente concernenti la questione della sicurezza cibernetica, che,

pur garantendo il massimo grado di conoscibilità possibile delle caratteristiche tecniche delle piattaforme di approvvigionamento digitale (d'ora innanzi anche "PAD"), dispongono necessarie prescrizioni di riservatezza e opacità su quegli aspetti che, altrimenti, renderebbero le piattaforme certificate nuovamente vulnerabili.

In altri termini, l'attuale regolazione garantisce, tramite la certificazione, la fiducia nei confronti dei mezzi tecnologici con cui devono essere svolte le procedure di approvvigionamento; ciò avviene grazie a due condizioni: da un lato viene garantita la piena conoscibilità e interoperabilità delle operazioni svolte tramite PAD; d'altro lato, si accerta la corrispondenza di queste ultime a standard di sicurezza cibernetica adeguati, che sono a loro volta garantiti tramite la perimetrazione e la riservatezza degli aspetti infrastrutturali più rilevanti.

Si comprende bene, perciò, come nella moderna amministrazione digitale – di cui i contratti pubblici sono un fulgido esempio –, la quale è soggetta ai rischi della sua stessa riflessività, il rapporto fra trasparenza e segretezza non possa considerarsi secondo una prospettiva statica e binaria (quasi di mutua esclusione), ma, invece, debba necessariamente ricostruirsi secondo una visione dinamica e variabile (ossia di reciproca necessità e complementarità).

Se quanto scritto è vero per il semplice – si fa per dire – aspetto organizzativo, si vedrà a breve come valga altrettanto per la dimensione di amministrazione attiva, posto che gli strumenti normativi volti a garantire e integrare la sicurezza cibernetica nei processi di acquisizione di beni e servizi ICT pongono il problema di addivenire ad un costante bilanciamento fra le esigenze di trasparenza, che costituiscono un baluardo fondamentale della disciplina degli appalti, e quelle di segretezza, che si rendono necessarie al fine di non vanificare quel medesimo processo di messa in sicurezza per cui detti strumenti sono stati pensati e implementati.

4. *Gli elementi di sicurezza cibernetica nell'ambito del procurement di beni e servizi ICT: una progressiva stratificazione*

Premesso che la normativa direttamente riguardante i profili della cybersicurezza nazionale – quantomeno nelle forme, complesse, che oggi conosciamo – rappresenta il frutto di una consapevolezza alquanto recen-

te, è evidente che essa, nel corso degli ultimi anni, sia stata oggetto di un percorso evolutivo di notevole portata che, a partire da un quadro normativo piuttosto semplice (per quanto possibile in una materia di natura eminentemente tecnica come quella in oggetto) e lineare (costituito dalla previsioni della prima direttiva NIS (Network and Information Security) del 2016¹⁶, successivamente recepita dal d.lgs. n. 65/2018¹⁷), ha condotto l'ordinamento a costruire un impianto affatto complesso e stratificato, in cui ad ogni livello corrispondono un maggiore grado di "delicatezza" delle funzioni svolte tramite gli strumenti informatici e, di conseguenza, una più ampia presenza di regole e procedure tecniche volte a garantire la sicurezza cibernetica delle infrastrutture più rilevanti.

Tale stratificazione – la quale, peraltro, è il riflesso di un intricato sistema di fonti basato su alcune, importanti, normative di rango primario e su diverse fonti regolamentari di rango secondario, che attuano e specificano le prime – ha una ragione fondamentale: l'adeguamento dei vari soggetti dell'ordinamento, siano essi pubblici o privati, a nuovi e rigorosi *standard* di sicurezza cibernetica presuppone notevolissimi sforzi (e costi) in termini organizzativi (acquisizione di strumenti, formazione del personale, creazione di nuove strutture interne, rispetto di nuove misure di coordinamento con soggetti esterni, oneri informativi e comunicativi, integrazione dei procedimenti amministrativi con sub-procedimenti a carattere tecnico, oneri di segretezza, e via dicendo); senza contare la tensione che sovente si ingenera tra le esigenze di sicurezza e i principi generali che informano l'azione amministrativa (*in primis*, in questo contesto, quello di trasparenza). Pertanto, la logica del legislatore, improntata ad un canone di ragionevolezza, mira evidentemente a creare un ampio spettro di misure che debbono essere applicate progressivamente e proporzionatamente al crescere del rischio e che siano, perciò, adeguate e necessarie al singolo contesto di riferimento.

Ebbene, calando questa riflessione in una visione dinamica, si può notare come all'aumentare della rilevanza della questione inerente alla cybersicurezza nazionale – anche a seguito dei recenti risvolti geopolitici – sia corrisposta, del tutto naturalmente, la riduzione del grado di progressività della normativa (che pur rimane), a favore di un maggior rigore generalizzato. Basti pensare al tema concernente gli oneri in materia di

¹⁶ Direttiva (UE) 2016/1148.

¹⁷ D.lgs. 18 maggio 2018, n. 65.

notifica degli incidenti rilevanti, che a valle del recepimento nazionale della seconda direttiva NIS¹⁸, avvenuto per il tramite del d.lgs. n. 138/2024¹⁹, mostra un netto avvicinamento alle più rigorose prescrizioni applicabili all'interno del Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica (PSNC), di cui al d.l. n. 105/2019²⁰.

Tale processo evolutivo è presente anche all'intersezione tra la disciplina della cybersicurezza e quella dei contratti pubblici, la quale, come si è anticipato, ricopre un ruolo di fondamentale importanza, incidendo alla fonte sugli acquisti tecnologici (ICT) delle amministrazioni e, pertanto, contribuendo in maniera determinante alla transizione verso un'amministrazione ciberneticamente sicura e resiliente, nonché, indirettamente, all'evoluzione del mercato e allo sviluppo di sistemi informatici adeguati alle esigenze moderne.

Se, infatti, sino ad alcuni anni fa, anche sotto la vigenza del d.lgs. n. 65/2018, non sussistevano disposizioni generali in materia di cybersicurezza nel c.d. “*public procurement*” di beni e servizi ICT – venendosi a costituire una generale distinzione, a seguito dell'adozione del d.l. n. 105/2019, tra la generalità delle procedure di acquisto e quelle riguardanti i soggetti ricompresi nell'ambito del PSNC (di cui si tratterà a breve) – a partire dal 2020 il quadro ha cominciato ad evolversi, dapprima tramite l'adozione delle Linee Guida sulla sicurezza nel procurement ICT²¹, successivamente con l'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici, nel 2023, e, infine, con l'approvazione della legge nazionale sulla cybersicurezza del 2024²².

Il risultato di questo percorso di progressiva stratificazione è un quadro molto complesso che si potrebbe idealmente (per ragioni di utilità pratica) suddividere in cinque diversi livelli, cui corrispondono regole, procedure e adempimenti differenti e proporzionati al diverso grado di “delicatezza” del settore e della sua attinenza a preminenti interessi nazionali: un primo livello, che potremmo definire generale e residuale (da applicare a tutte le procedure di approvvigionamento di beni e servizi ICT che non rientrino in altri livelli); un secondo livello, che riguarda gli acquisti nell'ambito di “settori connessi alla tutela di interessi nazionali strate-

¹⁸ Direttiva (UE) 2022/2555.

¹⁹ D.lgs. 4 settembre 2024, n. 138.

²⁰ D.l. 21 settembre 2019, n. 105.

²¹ Approvate ad aprile del 2020, le quali erano state precedute solamente, nel 2015, dal documento sulle “Misure minime di sicurezza ICT per le pubbliche amministrazioni”.

²² L. 28 giugno 2024, n. 90.

gici” (di cui si dirà meglio nel prosieguo); un terzo livello, concernente i soggetti rientranti nel PSNC; un quarto livello (strettamente legato al precedente) riguardante la disciplina dei c.d. “*golden powers*”; infine, un quinto livello, che concerne gli acquisti di quel particolare Ente, istituito dal d.lgs. n. 82/2021, che è l’Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN).

Nel corso dei paragrafi che seguono, si avrà modo di approfondire le discipline applicabili ai singoli livelli, analizzando, per ciascuno, il grado di tensione (e le soluzioni approntate dall’ordinamento) cui ciascuno di essi è sottoposto rispetto al tema della trasparenza. A tal proposito, è bene precisare che, per ragioni di chiarezza dell’esposizione, si è deciso di seguire un ordine per così dire “spaziale” (ossia dal livello più superficiale a quello più profondo), anziché “temporale” (ossia seguendo l’ordine di introduzione degli istituti da parte della legge)²³.

4.1. *I due primi (e più superficiali) livelli normativi e la trasparenza come “comprendibilità”*

I primi due livelli dell’attuale disciplina in materia di cybersicurezza e contrattualistica pubblica – i quali, si può anticipare, prevedono regole applicabili o in via generale o ad uno specifico contesto, ossia anche a soggetti dai quali non dipende direttamente un servizio essenziale legato alla sicurezza nazionale, ma il cui operare avviene in contesto strategico, che rende opportuno un maggior grado di precauzione, e che, pertanto, sono espressione di un vero e proprio principio di integrazione della sicurezza cibernetica – si possono desumere direttamente da un’interessante disposizione contenuta nell’attuale codice dei contratti pubblici: l’art. 108, c. 4, del d.lgs. n. 36/2023.

La menzionata disposizione – rubricata “criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture” e che individua solo due possibili criteri di aggiudicazione delle gare, ossia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa e quello del minor prezzo – stabilisce che nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici per la pubblica amministrazione, le stazioni appaltanti, incluse le centrali di committenza,

²³ Peraltro, si tratta del medesimo criterio ritenuto opportuno anche da altra dottrina che si è occupata del tema: si veda, sul punto, S. ROSSA, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

nella valutazione dell'elemento qualitativo ai fini dell'individuazione del miglior rapporto qualità prezzo per l'aggiudicazione, tengono sempre in considerazione gli elementi di cybersicurezza, attribuendovi specifico rilievo nei casi in cui il contesto di impiego è connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici; ancora, precisa che in questi ultimi casi, quando i beni e i servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del dieci per cento e che per i contratti ad alta intensità di manodopera, tale limite è deve assestarsi entro il trenta per cento.

Il tenore letterale della disposizione in parola non lascia dubbi rispetto alla presenza di una scissione tra quella che si potrebbe definire la generalità delle procedure «di approvvigionamento di beni e servizi informatici per la pubblica amministrazione» (citando il primo periodo) e i casi in cui in cui «il contesto di impiego» dei beni o servizi oggetto dell'approvvigionamento sia «connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici» (di cui al quarto periodo). Infatti, come chiaramente espresso dal prosieguo della disposizione, soltanto nel secondo caso «la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento»²⁴.

Evidentemente, non sarebbe peregrino chiedersi se detti acquisti di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici costituisca concretamente una nuova categoria intermedia, oppure se, invece, il legislatore intendesse più semplicemente riferirsi ai soggetti compresi nel PSNC (ossia, come si è già detto, nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica).

La risposta a tale domanda parrebbe poter essere positiva (nel senso della prima ipotesi), in ragione di alcuni dati testuali e sistematici: innanzitutto, per i c.d. “soggetti perimetro” esiste già una normativa speciale volta a garantire l'adeguatezza, in termini di sicurezza cibernetica, degli

²⁴ Sul punto debbono certamente richiamarsi le interessanti riflessioni di L. NANNIPIERI, *Cybersicurezza e appalti. Interventi legislativi e prime criticità*, cit., 75, ove si afferma che «sul piano oggettivo, l'art. 14 rinvia a due nozioni di difficile delimitazione: quella degli “interessi nazionali strategici” e quella degli “elementi essenziali di cybersicurezza”». La prima (“interessi nazionali strategici”) costituisce altresì un requisito di applicabilità della disposizione, nel senso che la stessa, *a contrariis*, parrebbe inapplicabile agli appalti per l'approvvigionamento di beni e servizi informatici in “contesti” diversi da quelli connessi alla tutela, appunto, degli “interessi nazionali strategici”».

strumenti o dei servizi da acquistare; in seconda, ma connessa alla prima, istanza, l'art. 14 della recente legge nazionale sulla cybersicurezza (l. n. 90/2024, che, come si è detto, si riferisce esplicitamente ai “contratti pubblici di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici”) fa salva l'applicazione, ai soggetti contenuti nell'apposito elenco, delle regole di cui alla legge sul PSNC; in terza battuta, poi, l'espressione “connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici” non coincide necessariamente con l'ambito di applicazione del d.l. n. 105/2019 (legge sul PSNC), che si riferisce alla sicurezza «degli enti e degli operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale».

In altri termini, sebbene possano darsi casi di sovrapposizione, la seconda categoria cui si riferisce l'art. 108, c. 4, del codice dei contratti pubblici pare rimanere separata dai casi presi in considerazione dalla normativa sul PSNC.

Pertanto, nonostante si tratti di una disposizione dal valore fortemente programmatico²⁵, l'art. 108, c. 4, del d.lgs. n. 36/2023 presenta senz'altro alcuni profili di grande interesse operativo. In particolare: pone l'obiettivo di integrare le considerazioni concernenti la cybersicurezza in tutte le procedure di acquisto di beni e servizi ICT (in passato, invece, la disciplina dei contratti pubblici individuava nella cybersicurezza un particolare oggetto d'acquisto, per il quale erano già utilizzabili specifiche forme di *procurement*); introduce una disposizione operativa molto importante, stabilendo un limite al peso dell'offerta economica rispetto agli aspetti di cybersicurezza, nei casi in cui l'acquisto riguardi beni o servizi da utilizzare in contesti connessi alla tutela degli interessi nazionali strategici; ancora, individua una distinzione tra la generalità delle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici e quelle che riguardano, invece, beni servizi utilizzati in contesti connessi alla tutela degli interessi

²⁵ Come opportunamente affermato da S. ROSSA, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

nazionali strategici (che si aggiunge all'ulteriore ripartizione concernente l'approvvigionamento dei c.d. "soggetti perimetro").

Tale impianto, inoltre, ha trovato conferma, come anticipato, nella l. n. 90/2024, il cui art. 14, c. 1, statuisce che con d.p.c.m., da adottare su proposta di ACN previo parere del CIC sono individuati, per specifiche categorie tecnologiche di beni e servizi informatici, gli elementi essenziali di cybersicurezza che i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, del codice dell'amministrazione digitale²⁶, tengono in considerazione nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici.

Ancora una volta, pertanto, viene rimarcata la distinzione tra gli «elementi di cybersicurezza» che le stazioni appaltanti debbono tenere in considerazione per tutti gli acquisti di beni e servizi informatici (probabilmente desumibili dalle menzionate Linee Guida sulla sicurezza nel procurement ICT di aprile 2020) e «gli elementi essenziali di cybersicurezza che i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, del codice dell'amministrazione digitale, tengono in considerazione nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici»²⁷.

²⁶ Ossia, ai sensi della menzionata disposizione del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, « [...] le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'articolo 117 della Costituzione, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione; [...] gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate, in relazione ai servizi di pubblico interesse; [...] società a controllo pubblico, come definite nel decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, escluse le società quotate di cui all'articolo 2, comma 1, lettera p), del medesimo decreto che non rientrino nella categoria di cui alla lettera b)».

²⁷ Ancora, il c. 2 della medesima disposizione precisa, sulla linea indicata dall'art. 108, c. 4, del codice dei contratti pubblici, che nei casi individuati ai sensi del c. 1, i soggetti appaltanti: possono applicare l'art. 107, c. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici (ossia non aggiudicare a chi ha effettuato l'offerta economicamente più vantaggiosa) e l'art. 108, c. 10 del medesimo (ossia la possibilità di non aggiudicare se nessuna offerta risulti idonea o conveniente rispetto all'obiettivo del contratto) qualora non siano rispettati i requisiti di cyber previsti nel d.p.c.m.; tengono sempre in considerazione gli elementi essenziali di cybersicurezza di cui al comma 1 nella valutazione qualità/prezzo; nel caso in cui si applichi il criterio del minor prezzo, inseriscono i requisiti di cybersicurezza tra quelli minimi di aggiudicazione del contratto; applicano l'art. 108, c. 4 (tetto massimo per il punteggio economico entro il 10 %); prevedono criteri di premialità per le proposte o per le offerte che contemplino l'uso di tecnologie di cybersicurezza italiane o di Paesi

A tal proposito, il 5 maggio 2025 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D.P.C.M. 30 aprile 2025 contenente la “Disciplina dei contratti di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici e della sicurezza nazionale” e che, appunto in applicazione dell’art. 14, c. 1, della legge 28 giugno 2024, n. 90, individua, fra l’altro: gli elementi essenziali di cybersicurezza che i menzionati soggetti tengono in considerazione nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici, appartenenti a specifiche categorie tecnologiche, impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici e le specifiche categorie tecnologiche di beni e servizi informatici per i quali sono tenuti in considerazione gli elementi essenziali di cybersicurezza²⁸.

L’impianto normativo che si è venuto a costituire risulta, al contempo, particolarmente interessante per quanto concerne la prospettiva evolutiva della materia in oggetto ed evidentemente critica sotto il profilo definitorio e di individuazione dell’effettivo ambito di applicazione delle disposizioni in parola.

Sotto il primo profilo, infatti, non vi è dubbio che le regole individuate in materia di cybersicurezza (per la prima volta) dal codice dei contratti pubblici del 2023 rispondano alla volontà di passare dalla concezione della sicurezza cibernetica come semplice “oggetto” (uno dei tanti) di acquisto da parte delle pubbliche amministrazioni a quella che, invece, vi vede un vero e proprio interesse pubblico, il quale, in ragione delle sue caratteristiche, necessita di essere integrato (al pari di come, notoriamente, si agisce rispetto all’interesse ambientale, in applicazione del principio di

appartenenti all’Unione europea o di Paesi aderenti alla NATO o di Paesi terzi individuati con il decreto di cui al comma 1.

²⁸ D.P.C.M. 30 aprile 2025, art. 1. Come ben affermato da S. FRANCIOSI, *Appalti pubblici e cybersicurezza. La disciplina speciale dell’acquisto di beni e servizi informatici nei settori sensibili dopo il DPCM 30 aprile 2025*, cit., «si inserisce da ultimo nell’ambito della strategia nazionale di rinforzo della sicurezza cibernetica delle tecnologie utilizzate dalla p.a. e reca una disciplina specifica per alcuni appalti pubblici di beni e servizi informatici, ritenuti “cruciali” per il corretto funzionamento dello Stato e delle sue articolazioni e dunque meritevoli di una maggior tutela sul versante cibernetico e informatico. È opportuno chiarire fin da subito che il DPCM in oggetto non si applica indistintamente a tutti gli appalti pubblici aventi ad oggetto tecnologie. Esso si applica solamente agli appalti pubblici di beni e servizi informatici impiegati in due settori specifici, ovvero: i) in contesti connessi alla tutela di interessi nazionali strategici; ii) in contesti connessi alla tutela della sicurezza nazionale».

integrazione) nell'ambito di tutti gli acquisti informatici delle amministrazioni. Si tratta, a ben vedere, di un approccio "di mercato" estremamente interessante. Se, d'un canto, infatti, l'obiettivo principale consiste nel fare in modo che ogni stazione appaltante sia tenuta a prendere in considerazione alcuni requisiti minimi di sicurezza cibernetica nell'acquisto di beni e servizi ICT, d'altro canto, l'inevitabile riflesso di tale circostanza non può che essere l'adattamento dei prodotti informatici offerti dal mercato, con un complessivo innalzamento del livello generale di cybersicurezza.

Sotto il secondo profilo, però, si pone evidentemente un problema di non poco rilievo, che riguarda principalmente la distinzione tra i due livelli che si sono enucleati nell'ambito del presente paragrafo. Se, infatti, ai livelli più profondi della normativa (di cui si tratterà a breve), l'ambito di applicazione delle prescrizioni normative di riferimento risulta chiarissimo, posto, ad esempio, che i soggetti ricondotti all'interno del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica ne sono del tutto consapevoli, in quanto la registrazione all'interno dell'apposito elenco, non pubblico, è loro notificata; nei due livelli più superficiali non è del tutto evidente quali siano i confini tra le due categorie, ossia tra la generalità delle procedure di approvvigionamento di prodotti informatici e quelle connesse agli interessi nazionali strategici.

Infatti, tali incertezze interpretative non sono state interamente risolte dal D.P.C.M. 30 aprile 2025, che, sebbene precisando chiaramente gli elementi essenziali da valutare e le tecnologie interessate, non contiene, come ovvio, una definizione di "interesse nazionale strategico", la quale, perciò, rimane tuttora estremamente sfuggente, pur costituendo il nocciolo fondamentale della distinzione operata dal legislatore. Gli unici strumenti interpretativi a disposizione rimangono i riferimenti alle normative che, anche a scopi differenti, individuano settori per così dire strategici. Esemplificativamente, ci si potrebbe riferire a quanto stabilito dall'art. 32 del d.l. 9 agosto 2022, n. 115 – concernente l'individuazione delle "aree di interesse nazionale strategico"²⁹ – nonché alle stesse disposizioni della già

²⁹ La menzionata disposizione, infatti, afferma, al c. 1, che «Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, anche su eventuale proposta del Ministero dello sviluppo economico, di altra amministrazione centrale o della regione o della provincia autonoma territorialmente competente e previa individuazione dell'area geografica, possono essere istituite aree di interesse strategico nazionale per la realizzazione di piani o programmi comunque denominati che prevedano investimenti pubblici o privati anche cumulativamente pari a un importo non inferiore ad euro 400.000.000,00 relativi ai

menzionata legge di stabilità del 2016, nell'ambito della quale è presente una nozione di "strategicità" proprio nell'ambito degli appalti di prodotti informatici³⁰.

Con particolare riguardo al tema della trasparenza, nei primi due, più superficiali, livelli normativi che si sono individuati, non è dato riscontrare particolari prescrizioni in termini di segretezza delle operazioni di gara (nel senso di prescrizioni che incidano direttamente sulla conoscibilità o

settori di rilevanza strategica. Ai predetti fini, sono di rilevanza strategica i settori relativi alle filiere della microelettronica e dei semiconduttori, delle batterie, del supercalcolo e calcolo ad alte prestazioni, della cibersicurezza, dell'internet delle cose (IoT), della manifattura a bassa emissione di CO₂, dei veicoli connessi, autonomi e a basse emissioni, della sanità digitale e intelligente e dell'idrogeno, individuate dalla Commissione Europea come catene strategiche del valore».

³⁰ Ad esempio, è possibile fare riferimento al c. 513 – ove si stabilisce che «L'Agenzia per l'Italia digitale (Agid) predispose il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione che è approvato dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Ministro delegato. Il Piano contiene, per ciascuna amministrazione o categoria di amministrazioni, l'elenco dei beni e servizi informatici e di connettività e dei relativi costi, suddivisi in spese da sostenere per innovazione e spese per la gestione corrente, individuando altresì i beni e servizi la cui acquisizione riveste particolare rilevanza strategica» – e al c. 514, ove si legge che «Consip SpA o il soggetto aggregatore interessato sentita l'Agid per l'acquisizione dei beni e servizi strategici indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui al comma 513, programma gli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, in coerenza con la domanda aggregata di cui al predetto Piano. Agid, Consip SpA e i soggetti aggregatori, sulla base di analisi delle informazioni in loro possesso relative ai contratti di acquisto di beni e servizi in materia informatica, propongono alle amministrazioni e alle società di cui al comma 512 iniziative e misure, anche organizzative e di processo, volte al contenimento della spesa. Consip SpA e gli altri soggetti aggregatori promuovono l'aggregazione della domanda funzionale all'utilizzo degli strumenti messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni su base nazionale, regionale o comune a più amministrazioni». Sul punto, si rimanda anche a quanto ricostruito da L. NANNIPIERI, *Cybersicurezza e appalti. Interventi legislativi e prime criticità*, cit. 75, ove si ricorda che «L'ordinamento contiene effettivamente disposizioni riferibili, a vario titolo, al carattere "strategico" di determinate "attività" (si vedano, ad esempio, i diffusi richiami contenuti nel d.l. 21/2012, "norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni", nonché nel d.l. 187/2022, "misure urgenti a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici"). Quello che risulta tuttora mancante, però, è una nozione ordinamentale "organica" di "interesse nazionale strategico" che consenta di delimitare con sufficiente precisione l'ambito applicativo sia dell'articolo in commento che del già vigente art. 108 del codice dei contratti pubblici».

sull'ostensibilità di documenti e di informazioni attinenti alle procedure); pertanto il tema della trasparenza si pone principalmente con riguardo alla chiarezza e alla comprensibilità dei criteri di valutazione individuati, nonché con riferimento all'individuazione dei soggetti sottoposti alla disciplina. Con riguardo alla chiarezza dei criteri di valutazione degli elementi di cybersicurezza, si può distinguere tra la generalità (residuale) delle procedure di approvvigionamento di beni ICT, cui si applicano le Linee guida di cui *supra*, e le procedure per beni e servizi da utilizzare in contesti connessi alla tutela degli interessi nazionali strategici: in questo secondo caso, come detto, trova oggi applicazione d.p.c.m. 30 aprile 2025.

Come si diceva, invece, rimane tutt'oggi aperta la questione attinente alla poca chiarezza dell'ambito oggettivo di applicazione della disposizione in parola, il che incide inevitabilmente sulla trasparenza dell'attività amministrativa di approvvigionamento di strumenti digitali, quantomeno sul versante della sua piena comprensibilità e, conseguentemente, calcolabilità.

4.2. *La disciplina applicabile ai soggetti rientranti nell'ambito del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (PSNC): un'importante eccezione al diritto di accesso ai documenti amministrativi*

Più lineare, invece, è la questione concernente la disciplina applicabile ai soggetti rientranti nell'ambito del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica.

Il già menzionato d.l. n.105/2019 (convertito in l. n. 133 /2019) ha introdotto, infatti, per la prima volta, regole specifiche che devono trovare applicazione nel caso di acquisizione di beni e servizi ICT da parte di soggetti ricompresi nel PSNC: ossia, di quelli «da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale [...] dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale»³¹.

³¹ Art. 1 del d.l. n. 105/2019. Come ben espresso da S. ROSSA, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., «basti ivi ricordare come il PSNC, introdotto nel 2019, costituisce una cornice entro cui vengono applicate speciali norme in materia di cybersecurity in capo a taluni soggetti ritenuti particolarmente sensibili e la cui azione è esercitata (anche) con reti e infrastrutture digitali. Da un lato, infatti, la disciplina del Perimetro si

In particolare, come noto, l'art. 1, c. 6, del d.l. n. 105/2019, rimandava ad un apposito regolamento³² la determinazione delle procedure, delle modalità e dei termini con cui i soggetti perimetro procedono all'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT da utilizzare su *asset* strategici³³.

Ai sensi di tale normativa regolamentare di attuazione (art. 3, c. 1, del d.p.r. n. 54/2021), «i soggetti inclusi nel perimetro, prima dell'avvio delle procedure di affidamento ovvero, ove non siano previste, prima della conclusione dei contratti relativi alla fornitura di beni, sistemi e di servizi ICT [...], anche nel caso in cui tali procedure siano espletate attraverso le centrali di committenza, ne danno comunicazione al CVCN», ossia al Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale³⁴.

Come affermato in dottrina, «la *ratio* di questo obbligo [comunicativo] è quella di garantire al CVCN lo svolgimento delle proprie funzioni istituzionali, anche avvalendosi dei Laboratori accreditati di prova (LAP) con i quali effettuare test di sicurezza informatica su *hardware* e su *software*»³⁵.

In particolare, infatti, il CVCN (ai sensi dell'art. 4) è tenuto a espri-

applica a quei soggetti che esercitano una funzione essenziale dello Stato. Dall'altro lato, esse valgono per quei soggetti, di natura pubblica o privata, che prestano un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato, in relazione a cui un possibile malfunzionamento, interruzione o impiego improprio delle proprie infrastrutture informatiche si traduce in un pregiudizio alla sicurezza nazionale».

³² D.p.r. 5 febbraio 2021, n. 54.

³³ Concretamente individuati con d.p.c.m. del 15 giugno 2021.

³⁴ Accanto al CVCN, peraltro, sono istituiti anche i CV, ossia i Centri di Valutazione relativi alla materia, rispettivamente del Ministero Difesa e del Ministero degli Affari Interni, da non confondere con i Ce.Va. anch'essi centri di valutazione per le certificazioni di sicurezza cibernetica di prodotto in ambito *common criteria* per i prodotti che operano su dati classificati.

³⁵ S. ROSSA, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 349. Sul punto, inoltre, si richiama T. COCCHI, *La cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici*, cit., 202: «Tale previsione come lucidamente osservato in dottrina, stride con i fondamentali principi europei e nazionali del favor participationis, trasparenza e par condicio, in forza dei quali difficilmente potrebbe ammettersi un'eterointegrazione della *lex specialis* in corso di gara, specie se rimessa a valutazioni amministrative svolte ex post. Emblematico in tal senso sarebbe il caso in cui il Cvcn ritenesse necessario il possesso di alcuni requisiti tecnici non previsti dalla *lex specialis* di gara e in base alla quale gli operatori economici si erano vincolati a presentare offerta».

mersi entro quarantacinque giorni da detta comunicazione (salvo possibile proroga, per una sola volta, di quindici giorni): decorso tale termine senza che il CVCN si sia espresso i soggetti inclusi nel perimetro possono proseguire nella procedura di affidamento; qualora, invece, «il CVCN abbia espresso specifici rilievi (imponendo, ad esempio, test di sicurezza), la documentazione di gara della procedura d'appalto deve essere resa conforme a quanto imposto dal Centro»³⁶.

In altri termini, a differenza che nei livelli, per così dire, più superficiali della disciplina in parola, in cui l'integrazione dell'interesse alla sicurezza cibernetica avviene tramite l'indirizzamento, più o meno stringente, della discrezionalità³⁷ delle stazioni appaltanti, in questo caso il legislatore stabilisce forme di rigorosa integrazione tecnica del procedimento, prevedendo un vero e proprio subprocedimento affidato ad un soggetto specializzato, la cui valutazione incide in maniera determinata sulla procedura.

Per quanto concerne il rapporto con il principio di trasparenza, dalla disciplina applicabile, così come poc'anzi brevemente richiamata, risulta evidente che – siccome l'esito dei test condiziona in maniera determinata la possibilità per il soggetto perimetro di utilizzare un certo bene o servizio ICT e per il fornitore di aggiudicarsi la relativa gara – in caso di esito negativo delle procedure di valutazione *software* e *hardware* i fornitori avrebbero senz'altro interesse ad effettuare accesso alla documentazione di gara e, in particolare, alle metodologie e alle procedure di test utilizzate dal CVCN o dai LAP. Il che, come ovvio, pone numerosi problemi circa l'effettività delle medesime, in ragione del fatto che la diffusione di

³⁶ *Ibidem*, cit., ove si precisa ulteriormente che «Da quanto ricostruito emerge la centralità del ruolo rivestito dal CVCN, il quale, sulla base di un giudizio di discrezionalità tecnica, può condizionare – e in casi estremi impedire – l'aggiudicazione della fornitura o del servizio digitale. Ruolo centrale necessario proprio a fronte della rilevanza degli interessi in questione».

³⁷ Sul punto, si può richiamare anche T. COCCHI, *La cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici*, cit., 197, ove si afferma che «i suddetti margini di discrezionalità appaiono particolarmente marcati nella disposizione in commento, ove si conferisce alle stazioni appaltanti la potestà di attribuire, nella valutazione degli elementi qualitativi delle offerte attinenti all'approvvigionamento di beni e servizi informatici – «specifico e peculiare rilievo» nella valorizzazione degli «elementi di cybersicurezza». La ratio della norma è evidentemente quella di premiare le imprese che siano compliance con le esigenze di cybersicurezza richieste nell'approvvigionamento delle soluzioni tecnologiche per la pubblica amministrazione e senza dubbio dev'essere vista con favore, estrinsecando una nuova sensibilità del legislatore su questi temi».

informazioni concernenti le modalità di valutazione potrebbe inficiarne la concreta capacità di garanzia della sicurezza cibernetica dei sistemi informatici che ad esse soggiacciono.

Il Ministero dello sviluppo economico, perciò, ha significativamente ritenuto necessario integrare l'elenco dei casi di sottrazione al diritto di accesso in relazione all'esigenza di salvaguardare la sicurezza e la difesa nazionali, di cui all'art. 24, c. 6, lett. a), della l. n. 241/1990, che demanda al Governo la possibilità di estendere con regolamento i casi di esclusione del diritto di accesso.

Il regolamento di attuazione del menzionato articolo 24 è il decreto del Ministro delle Poste e delle telecomunicazioni 10 aprile 1996, n. 296, al cui art. 1, c. 1, è stata aggiunta (con decreto 16 ottobre 2020, n. 194) la lett. *i-bis*, che sottrae al diritto di accesso anche i documenti relativi alle procedure e alle metodologie di test di *hardware* e *software* definiti, disposti, imposti o comunque impiegati, direttamente o indirettamente, dal Centro di valutazione e certificazione nazionale.

Il decreto 16 ottobre 2020, n. 194 ha ricevuto sia l'avvallo della Commissione per l'accesso agli atti amministrativi istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri³⁸, sia – allorquando era in bozza – il parere positivo del Consiglio di Stato³⁹.

In particolare, è interessante mettere in rilievo alcune modifiche che il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario suggerire rispetto alla bozza di decreto che gli è stata sottoposta: inizialmente, infatti, essa faceva riferimento soltanto alle procedure e alle metodologie *utilizzate* dal CVCN, mentre nel decreto finale si fa menzione, come suggerito, ai test *definiti, disposti, imposti o comunque impiegati, direttamente o indirettamente*, dal Centro di valutazione e certificazione nazionale.

³⁸ La quale con atto in data 10 luglio 2020 ha rilevato che «l'integrazione del decreto del Ministero delle poste e telecomunicazioni n. 296/1996, con l'inserimento tra i casi esclusione dei 'documenti relativi alle procedure ed alle metodologie di test di hardware e software utilizzati dal Centro di valutazione e certificazione nazionale, di cui all'articolo 1, comma 6, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni nella legge 18 novembre 2019 n. 133' – alla lettera 'i- bis' all'art. 1 comma 1 – rientra pienamente nella previsione dell'art. 24 della Legge 241/'90 'Esclusione dal diritto di accesso', che demanda alle amministrazioni la individuazione delle ipotesi di esclusione dall'accesso dei documenti dalle stesse detenuti, per la salvaguardia dei prevalenti interessi menzionati nello stesso».

³⁹ Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 3 settembre 2020.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato riteneva opportuno, come è stato fatto, precisare che la normativa fa riferimento ai documenti relativi alle sole procedure e metodologie di test di *hardware* e *software* strumentali a valutare la sicurezza delle «forniture di beni, sistemi e servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti, sui sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici» ai sensi e per le finalità di cui all'articolo 1 del decreto-legge n. 105 del 2016.

In altri termini, nella lettura di queste disposizioni è molto importante comprenderne precisamente, posta la natura derogatoria rispetto al principio di trasparenza, l'ambito di applicazione: l'esclusione dell'accesso si applica soltanto alle procedure e metodologie di test di *hardware* e *software* strumentali a valutare la sicurezza delle forniture di beni, sistemi e servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti, sui sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici, ma quando ci si trova in questo contesto, affinché la deroga sia adeguata all'obiettivo perseguito, è necessario che si applichi non solo alle procedure genericamente utilizzate dal CVCN, bensì, più precisamente, ai test *definiti, disposti, imposti o comunque impiegati, direttamente o indirettamente*, dal Centro di valutazione e certificazione nazionale.

Si può dire, perciò, che nella sua formulazione iniziale, il decreto in parola fosse, d'un canto, eccessivamente restrittivo, nella parte in cui fa riferimento ai soli test e metodologie "*utilizzati*" dal Centro di valutazione e certificazione nazionale, e, d'altro canto, troppo ampio, in quella in cui individuava precisamente il "perimetro" procedimentale cui si applica l'esclusione.

Infine, sempre con riferimento alla disciplina dei soggetti rientranti nel PSNC, l'esigenza di segretezza alla base delle procedure, che ne determina l'intrinseca ed inevitabile "opacità", è confermata anche dall'art. 4, c. 9, del medesimo d.p.r. n. 54/2021, ove si afferma, in via generale, che «gli atti del procedimento di verifica e valutazione sono adottati nel rispetto dell'esigenza di tutela della sicurezza nazionale per le finalità di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto-legge».

4.3. *Il caso dei c.d. "golden powers" e alcune recenti innovazioni in materia di rete 5G*

Un'altra normativa rilevante in tema di contratti pubblici è quella concernente i c.d. «*golden powers*» del governo, di cui all'art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012, come, da ultimo, modificato dall'art. 28 del d.l. n. 21/2022, che

ha ridefinito i poteri speciali⁴⁰ in materia di strumenti di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia di quinta generazione (5G) e cloud.

La disposizione in parola, infatti, qualifica i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G quali attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, ai fini dell'esercizio dei poteri speciali.

Per rafforzare ulteriormente le difese cibernetiche, il governo può, infatti, individuare altri servizi, beni, rapporti, attività e tecnologie cruciali per la sicurezza cibernetica nazionale. Tali designazioni saranno effettuate tramite uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro delle imprese e del made in Italy, il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e gli altri Ministri competenti per settore; verrà sentita l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale e sarà acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti prima dell'approvazione finale.

In particolare, limitandoci, per quanto qui d'interesse, alle disposizioni, del nuovo art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012, che pertengono alla tematica della contrattualistica pubblica: il secondo comma della disposizione modifica l'oggetto dell'obbligo di notifica funzionale all'esercizio dei poteri speciali, che fa riferimento al piano annuale degli acquisti da parte delle imprese invece che al singolo contratto. Il comma 2 dell'articolo 1-*bis* impone un obbligo informativo alle imprese che, anche attraverso contratti o accordi, intendano acquisire, a qualsiasi titolo, beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione di servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G, ovvero componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla già menzionata realizzazione o gestione.

Prima di procedere all'acquisto, infatti, le imprese sono quindi tenute

⁴⁰ Per poteri speciali (*golden power*) si intendono, tra gli altri, la facoltà di dettare specifiche condizioni all'acquisto di partecipazioni, di porre il veto all'adozione di determinate delibere societarie e di opporsi all'acquisto di partecipazioni. L'obiettivo del decreto-legge n. 21 è; stato quello rendere compatibile con il diritto europeo la disciplina nazionale dei poteri speciali del Governo, che si ricollega agli istituti della *golden share* e dell'*action spécifique* – previsti rispettivamente nell'ordinamento inglese e francese – e che in precedenza era già stata oggetto di censure sollevate dalla Commissione europea e di una pronuncia di condanna da parte della Corte di giustizia UE.

a notificare un piano nel quale sono contenute dettagliate informazioni inerenti, fra l'altro: il settore interessato dalla notifica; i dati identificativi del soggetto notificante; il programma di acquisti; i dati dei fornitori; la descrizione dei beni, dei servizi e delle componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle attività rilevanti; un'informativa completa sui contratti in corso e sulle prospettive di sviluppo della rete 5G, ovvero degli ulteriori sistemi e attivi rilevanti; ogni ulteriore informazione funzionale a fornire un dettagliato quadro delle modalità di sviluppo dei sistemi di digitalizzazione del notificante, nonché dell'esatto adempimento alle condizioni e alle prescrizioni imposte a seguito di precedenti notifiche; un'informativa completa relativa alle eventuali comunicazioni effettuate ai fini dello svolgimento delle verifiche di sicurezza da parte del Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN), inclusiva dell'esito della valutazione, ove disponibile, e delle relative prescrizioni, qualora imposte.

La norma fa salvi gli obblighi previsti dal citato decreto-legge n. 105 del 2019, che ha istituito il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica.

Ancora, il quarto comma della disposizione esplicita i criteri e gli elementi di valutazione in base ai quali sono esercitati i poteri speciali in relazione ai piani annuali trasmessi, mentre il comma 5 disciplina il regime sanzionatorio applicabile alla violazione di obblighi imposti ai sensi dei precedenti commi e le ulteriori misure per garantire la piena attuazione della relativa disciplina.

Nel caso della normativa in parola, pertanto, l'interesse alla sicurezza cibernetica viene perseguito imponendo ai soggetti che operano all'interno del suo ambito di applicazione di pianificare gli acquisti di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione di servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G, ovvero componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla già menzionata realizzazione o gestione, sottoponendo tale atto pianificatorio al controllo del CVCN, dalla cui valutazione può dipendere in maniera determinante l'esercizio dei poteri di veto o conformativi in capo al Governo.

Anche in questo caso, perciò, si evidenzia un netto approccio precauzionale al problema (messo ulteriormente in luce dal focus sulla programmazione degli acquisti più delicati) e una decisa integrazione tecnica dell'eventuale procedimento di applicazione dei poteri governativi.

Per quanto riguarda, anche in questo caso, il rapporto tra le istanze di trasparenza e la disciplina dei poteri speciali governativi, deve ricordarsi che l'art. 12 del d.p.r. n. 54/2021, in attuazione del d.l. n. 109/2015, afferma che «ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del decreto-legge, la valutazione degli elementi indicanti la presenza di fattori di vulnerabilità che potrebbero compromettere l'integrità e la sicurezza delle reti e dei dati che vi transitano, strumentale ai fini dell'esercizio dei poteri speciali di cui all'articolo 1-*bis* del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, è effettuata secondo le procedure, le modalità e i termini di cui all'articolo 1, comma 6, del decreto-legge, e di cui al presente decreto», ossia, in altri termini, le medesime procedure previste per i soggetti PSNC, cosicché anche quella che potremmo definire la “valutazione preliminare” all'esercizio dei poteri speciali del Governo sarà caratterizzata dalla medesima opacità, nei limiti che si sono visti, che caratterizza le procedure e le metodologie di test previste per gli acquisti nell'ambito del PSNC.

Sotto questo punto di vista, però, deve essere svolta una precisazione, opportunamente posta in evidenza anche dal Consiglio di Stato, sempre in sede consultiva: «non è, infatti, la valutazione preventiva per l'esercizio dei poteri speciali di cui all'articolo 1-*bis* del decreto-legge n. 21 del 2012 (potere di veto o di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni) che deve essere effettuata secondo le procedure, le modalità e i termini di cui all'articolo 1, comma 6, del d.l. n. 109/2015, ma solo la verifica tecnica istruttoria propedeutica alle valutazioni dell'autorità di governo preposta alla scelta tecnico-discrezionale o discrezionale-amministrativa in ordine all'esercizio (o al non esercizio) dei suddetti poteri speciali»⁴¹.

Pertanto, pare di potersi ritenere che, anche in questo caso, le importanti deroghe al principio di trasparenza di cui si è detto debbano limitarsi a questa porzione di procedimento.

4.4. *I contratti pubblici dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN): l'assenza del principio di trasparenza e l'istituzionalizzazione della “fiducia”*

Come ricordato in dottrina, infine, «a fianco alla disciplina generale valevole per la totalità delle Pubbliche Amministrazioni si pone quel-

⁴¹ Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 20 ottobre 2020.

la speciale dettata per gli appalti di forniture, servizi e lavori di natura tecnologica per le attività dell’Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), volte alla tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico [...] la quale espressamente deroga a quella generale del Codice appalti, stabilisce che le procedure di gara di cui può avvalersi l’Agenzia devono essere realizzate in conformità al c.d. “Programma biennale degli acquisti di beni e servizi e del programma triennale dei lavori pubblici di ACN”⁴²; esse devono, inoltre, essere contenute nella relazione che il Presidente del Consiglio dei Ministri presenta al Copasir⁴³.

In particolare, il D.P.C.M. 1° settembre 2022, n. 166 (ossia il “Regolamento recante le procedure per la stipula di contratti di appalti di lavori, servizi e forniture per le attività dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico”) – posto che «le procedure di cui all’articolo 2 sono espletate in coerenza con i principi di economicità, efficacia, tempestività, proporzionalità, correttezza e non discriminazione e comunque con modalità idonee ad assicurare la tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico» – stabilisce alcune regole specifiche concernenti, innanzitutto, gli operatori economici ammessi a contrattare con ACN e, in secondo luogo, le modalità di affidamento dei contratti.

Per quanto concerne il primo aspetto, i contratti di lavori, forniture e servizi sono affidati ad operatori economici che, oltre a possedere i requisiti di cui all’articolo 8⁴⁴, rispondono anche a criteri di affidabilità

⁴² Salvo nei seguenti casi: a) per sopravvenute e indifferibili esigenze di acquisizione di lavori, beni e servizi necessari allo svolgimento delle attività dell’Agenzia finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico; b) quando ricorre la necessità di eliminare, mitigare o prevenire vulnerabilità, eventi di natura cibernetica, ovvero situazioni di rischio delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici, ovvero delle comunicazioni elettroniche, da cui possa derivare un pregiudizio, per la sicurezza nazionale nello spazio cibernetico, anche al fine di assicurarne la resilienza.

⁴³ S. ROSSA, *Appalti pubblici e cybersecurity, fra (maggior) programmaticità e (minor) operatività nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 350.

⁴⁴ Ossia, «a) l’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80 del Codice; b) il possesso dei requisiti di idoneità professionale, la capacità economico-finanziaria e quella tecnico-professionale proporzionati all’oggetto dell’appalto; c) il possesso dei requisiti di sicurezza laddove connessi alla natura e peculiarità dell’appalto». Peraltro, ai sensi del successivo art. 9, «I requisiti di cui all’articolo 8 devono essere posseduti per l’intera durata della procedura di affidamento di lavori, servizi e forniture e fino alla completa esecuzione contrattuale senza soluzione di continuità, pena il recesso immediato

eventualmente individuati nella determina a contrarre, in relazione alla natura, all'oggetto e alla finalità dell'appalto; inoltre, gli operatori economici hanno l'obbligo di mantenere riservati i dati e le informazioni dei quali vengano comunque a conoscenza, di non divulgarli in alcun modo e di non farne oggetto di utilizzazione a qualsiasi titolo per scopi diversi da quelli strettamente connessi alla procedura di affidamento (art. 7).

In particolare, la valutazione della capacità economica degli operatori è effettuata in relazione agli elementi di natura finanziaria e patrimoniale desumibili dai bilanci, dalle dichiarazioni di affidabilità rese da istituti bancari o intermediari autorizzati e dalle dichiarazioni concernenti il fatturato o le forniture nel settore realizzate nell'ultimo triennio, mentre la valutazione delle capacità tecnico-organizzative e professionali è effettuata in relazione all'organizzazione e all'organico degli operatori economici, alle attrezzature e ai macchinari, alle certificazioni o abilitazioni possedute, alle qualificazioni professionali del personale dipendente e ad ogni altro elemento utile, ivi compreso il ricorso all'avvalimento di imprese ausiliarie (art. 10).

Infine, sempre sotto il profilo della parte contraente, è molto rilevante l'art. 12 del D.P.C.M. n. 166/2022, concernente il subappalto: a tal proposito, infatti, la disposizione stabilisce che ACN può escludere il subappalto laddove le prestazioni devono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ma che quando è previsto dagli atti della procedura di affidamento di lavori, servizi e forniture, gli operatori economici possono chiedere l'autorizzazione al subappalto in sede di presentazione dell'offerta, precisando la percentuale e la tipologia della prestazione che intendono subappaltare. L'autorizzazione al subappalto da parte dell'Agenzia è subordinata alla verifica dei requisiti di cui all'articolo 8, del menzionato decreto, in capo ai subappaltatori e, ferma la responsabilità dell'appaltatore per l'esatto adempimento delle obbligazioni del contratto principale stipulato con l'Agenzia, lo stesso appaltatore e il subappaltatore sono responsabili in

dell'Agenzia dal rapporto negoziale mediante semplice comunicazione, in caso di perdita dei requisiti dopo la stipula del contratto [...] In caso di recesso dell'Agenzia, fatto sempre salvo il diritto di quest'ultima al risarcimento del danno, il contraente ha diritto al solo pagamento del valore dei lavori già eseguiti, dei beni ceduti o dei servizi regolarmente prestati e al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione della restante parte, nei limiti delle utilità conseguite».

solido nei confronti dell’Agenzia, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

Per quanto riguarda, invece, i metodi di affidamento, l’art. 13 prevede che l’acquisizione di lavori, servizi e forniture può essere effettuata attraverso le seguenti procedure: «a) affidamento diretto di cui all’articolo 14, per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture di importo inferiore a 139.000 euro; b) procedura negoziata previo o senza previo esperimento di gara informale di cui all’articolo 15, per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e di servizi e forniture di importo pari o superiore a 139.000 euro; c) accordo quadro di lavori, servizi e forniture, di durata massima di nove anni, quando non è possibile l’immediata ed esatta quantificazione dei lavori da eseguire, dei beni da fornire e dei servizi da prestare, ferma restando la predeterminazione della spesa massima complessiva e la facoltà di recesso dell’Agenzia senza che alcun compenso, a nessun titolo, sia dovuto al contraente per le prestazioni non eseguite; d) dialogo competitivo per l’affidamento di lavori, servizi e forniture; e) partenariato pubblico-privato per l’affidamento di lavori, servizi e forniture»⁴⁵.

Ciò posto in termini generali, possono svolgersi anche in questo caso alcune considerazioni aventi riguardo il rapporto con il principio di trasparenza.

Come si è scritto, per gli acquisti dell’Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), la normativa di riferimento è il d.p.c.m. 1° settembre 2022, n. 166, che riguarda esclusivamente, ai sensi dell’art. 2, c. 1, le procedure per la stipula di contratti di appalti di lavori, servizi e forniture per le attività dell’Agenzia finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico, rispetto alle quali – è bene rimarcarlo – l’art. 2, c. 2, stabilisce che si debba «dare espressa e adeguata motivazione nella determina a contrarre».

Ai sensi dell’art. 3 del medesimo decreto (rubricato “principi generali”), le procedure di cui all’articolo 2 sono espletate in coerenza con i principi di economicità, efficacia, tempestività, proporzionalità, correttez-

⁴⁵ Il c. 2 della medesima disposizione precisa, inoltre, «l’utilizzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione dalla società CONSIP S.p.a. è ammesso soltanto quando le condizioni e le modalità dell’appalto risultino compatibili con le esigenze di tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico e di tempestività dell’Agenzia».

za e non discriminazione e comunque con modalità idonee ad assicurare la tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico.

Non si può non notare, nell'ambito di una formulazione che richiama evidentemente – e, forse, pleonasticamente – i principi di cui al codice dei contratti pubblici, l'assenza espressa del principio di trasparenza, che pare immediatamente bilanciata dal legislatore con l'indicazione espressa dell'esigenza di adottare modalità idonee ad assicurare la tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico.

La mancata enunciazione del principio di trasparenza, evidentemente, risulta del tutto giustificata dal particolare contesto (e dalle finalità) di utilizzo degli acquisti in parola; si tratta, fra quelli che si sono enucleati, del livello più profondo della normativa in materia di cybersicurezza ed è inevitabile che alle procedure “ordinarie” si sostituiscano percorsi “speciali”, in cui le esigenze di accessibilità e comprensibilità dell'azione amministrativa vengono sacrificate o, comunque, poste sullo sfondo.

Ad ogni modo, anche in questo caso, è bene tenere a mente l'importante precisazione contenuta nell'art. 2 del decreto in parola: il regime speciale non si applica a tutti i contratti di ACN, ma solo ed esclusivamente ai contratti di appalti di lavori, servizi e forniture per le attività dell'Agenzia finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico, e solo previa e specifica motivazione.

Infine, deve ricordarsi che, ai sensi dell'art. 21 del decreto, «degli affidamenti di lavori, servizi e forniture disposti ai sensi dell'articolo 3, comma 2, lettere a) e b), è data dall'Agenzia comunicazione al COPASIR tempestivamente e, comunque, non oltre trenta giorni dalla conclusione delle procedure di affidamento»; inoltre, «degli affidamenti di cui al comma 1 è data altresì un'organica illustrazione nella relazione del Presidente del Consiglio dei ministri al COPASIR di cui all'articolo 14, comma 2, del decreto-legge».

In altri termini, al livello più profondo della normativa in discussione, dove, per ragioni di sicurezza nazionale, la segretezza tende a prevalere sulla trasparenza, determinando la possibile opacità di ampie porzioni procedurali, il meccanismo fiduciario viene, in un certo qual modo, recuperato, tramite una sua istituzionalizzazione o una sua “internalizzazione”.

5. *Considerazioni a carattere conclusivo*

Sulla base di quanto sin qui scritto, è possibile svolgere alcune considerazioni a carattere conclusivo con riguardo al rapporto fra cybersicurezza, contratti pubblici e trasparenza amministrativa.

Da un punto di vista generale, deve segnalarsi come, in ragione delle innovazioni normative introdotte con il codice dei contratti del 2023, prima, e con la legge nazionale sulla cybersicurezza del 2024, poi, un primo grande mutamento riguardi la natura giuridica della sicurezza informatica, che passa da semplice “oggetto” di acquisto (un servizio o un *software* da comprare), a interesse pubblico primario da integrare in tutti gli acquisti tecnologici.

Ancora, sempre in chiave ricostruttiva, l’approccio del legislatore italiano, specialmente con il codice del 2023, mira evidentemente ad utilizzare il *procurement* pubblico come uno strumento di politica industriale: imponendo standard elevati e criteri di valutazione che premiano soluzioni sicure e resilienti sotto il profilo della cybersicurezza, si obbliga di fatto il mercato a innalzare la qualità dei prodotti offerti, determinando un circolo virtuoso, in base al quale l’amministrazione si protegge e, contemporaneamente, fa propendere l’intero ecosistema ICT nazionale verso livelli di resilienza più elevati.

Per quanto concerne, invece, il rapporto con il principio di trasparenza, si potrebbe a tutti gli effetti trattare di una trasparenza a geometria variabile.

Per quanto concerne il piano dell’organizzazione (ossia dei mezzi digitali utilizzati dalle stazioni appaltanti), si è visto come la dinamicità del rapporto sussistente fra trasparenza e riservatezza sia derivabile dal complesso delle disposizioni tecniche che trovano applicazione alle piattaforme di approvvigionamento digitale, la fiducia nelle quali è garantita tramite la certificazione, al contempo, della loro trasparenza e della loro sicurezza cibernetica, la quale, a sua volta è determinata anche dalla predisposizione di alcune aree di opacità (circa gli aspetti più delicati delle piattaforme stesse).

Sul piano, invece, dell’amministrazione attiva, la dinamica del menzionato rapporto segue il declinarsi, su diversi piani, della normativa da applicare, la cui stratificazione dipende essenzialmente dall’aumentare del

rischio cibernetico al modificarsi del contesto di utilizzo degli strumenti digitali in discussione. Si possono perciò svolgere alcune distinzioni.

In primo luogo, nei casi riconducibili alla disciplina generale e a quella legata agli acquisti il cui contesto di utilizzo sia connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la cybersicurezza è evidentemente perseguita attraverso il “direzionamento” della discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti e il problema della trasparenza si pone essenzialmente rispetto all’accessibilità e alla comprensibilità dei parametri stessi.

Negli altri casi, invece, il procedimento di approvvigionamento di ACN e delle amministrazioni che operano nel PSNC risulta fortemente integrato da sub procedimenti affidati a soggetti tecnici specializzati che influenzano in maniera determinante, con le loro valutazioni, la procedura di acquisizione: in questi casi l’ordinamento pone veri e propri limiti all’accessibilità di alcuni documenti o di alcuni procedimenti *tout court*.

In altre parole, se ai livelli più superficiali e meno delicati della disciplina la trasparenza amministrativa continua a ricoprire un ruolo di fondamentale importanza, sostenendo il rapporto di fiducia che deve intercorrere fra le parti in gioco, nonché fra l’amministrazione e la collettività, rendendo possibili forme più o meno incisive di controllo sull’attività della prima, quando si scende verso il livelli più profondi e critici della normativa sulla sicurezza cibernetica nazionale, le esigenze di trasparenza cedono necessariamente il passo a quelle di segretezza: in questi casi, è evidente che a garantire la fiducia fra le parti sia la netta integrazione tecnica dei procedimenti e la sussistenza di obblighi informativi nei confronti degli organi apicali dell’infrastruttura nazionale di cybersicurezza.

In definitiva, però, ciò che emerge dall’analisi normativa che si è svolta è che, sebbene nel particolare contesto qui d’interesse il principio di trasparenza (che soprattutto a seguito dell’imponente fenomeno di digitalizzazione, avvenuto con la più recente codificazione, rappresenta una sorta di super principio della materia dei contratti pubblici) debba venire a patti con la segretezza che tipicamente determina l’efficacia della materia della sicurezza informatica (e, più in generale, della sicurezza nazionale), l’intenzione del legislatore sia chiaramente quella di limitare al minimo indispensabile il sacrificio delle garanzie di comprensibilità e conoscibilità che devono informare le attività di *procurement* pubblico: di qui tutte le precisazioni che si sono messe in luce circa il concreto ambito di operatività delle deroghe al regime ordinario⁴⁶.

⁴⁶ In chiusura, tuttavia, vale la pena di segnalare come, a fronte di un quadro così

Abstract

Il presente lavoro analizza l'articolata relazione tra la disciplina della sicurezza cibernetica nazionale e la normativa sui contratti pubblici, utilizzando come lente d'osservazione privilegiata il principio di trasparenza. In un contesto caratterizzato da una crescente "stratificazione" normativa, lo studio esamina come le esigenze di protezione delle infrastrutture digitali dello Stato entrino in tensione con i canoni di accessibilità e conoscibilità che informano il *procurement* pubblico.

L'analisi evidenzia come il rapporto fra trasparenza e segretezza non possa essere interpretato in termini binari di mutua esclusione, bensì come una relazione dinamica e necessaria. Sebbene le esigenze di sicurezza nazionale impongano deroghe al regime ordinario di accesso, l'intenzione del legislatore appare orientata a limitare tali sacrifici al minimo indispensabile, istituzionalizzando, ove necessario, la fiducia attraverso procedimenti integrati e obblighi informativi verso gli organi apicali del sistema di *governance* della sicurezza cibernetica nazionale.

National cybersecurity and public procurement regulation: the current regulatory "stratification" and the relationship with the principle of transparency

This paper analyzes the complex relationship between national cybersecurity regulations and public procurement law, using the principle of transparency as a primary lens of observation. In a context characterized by increasing regulatory "stratification" the study examines how the requirements for protecting the State's digital infrastructure clash with the standards of accessibility and disclosure that inform public procurement.

The analysis highlights that the relationship between transparency and secrecy cannot be interpreted in binary terms of mutual exclusion, but rather as a dynamic and necessary relationship. Although national security needs impose derogations from the ordinary access regime, the legislator's intent appears oriented toward limiting such sacrifices to the

complesso, sarebbe opportuno che le norme in esame presentassero – in assenza di una vera e propria ricompressione nel codice dei contratti pubblici – precisi rinvii ai corpi normativi di riferimento, al fine di rendere più agevole il lavoro degli interpreti.

minimum necessary, institutionalizing trust, where required, through integrated procedures and information obligations toward the top-level bodies of the national cybersecurity governance system

Assistenza domiciliare integrata e innovazione tecnologica: un connubio virtuoso*

di Carla Maria Saracino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La domiciliarità tra i livelli essenziali delle prestazioni. L’attuale disegno normativo. – 3. Gli obiettivi del PNRR e il dm 77/2022. Il ruolo della telemedicina nell’assistenza domiciliare e territoriale. – 4. La centralità del diritto alla salute e le sue declinazioni. – 5. L’interazione tra soggettività pubbliche e private per l’erogazione di prestazioni assistenziali. Il *trend* della giurisprudenza amministrativa. – 6. I modelli di intelligenza artificiale in sanità e l’evoluzione dell’assistenza domiciliare. Stato dell’arte e prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa

Nell’attuale sistema sociale, l’assenza di un’idonea rete di protezione familiare e sanitaria è tale da far scivolare i soggetti sforniti di adeguate tutele in una condizione di totale povertà assistenziale¹.

Tale nozione è pregna di un significato non solo economico, implicando, più ampiamente, la deprivazione dei legami relazionali, delle opportunità e delle garanzie necessarie per la salvaguardia dell’integralità dei bisogni essenziali della persona che assumono centralità nel sistema di assistenza socio – sanitaria.

Il calo demografico e l’aumento dell’invecchiamento della popolazione impongono, inoltre, con urgenza, nuovi scenari assistenziali².

* Lo scritto raccoglie gli spunti e i contenuti della relazione tenuta a EGPA Conference di Atene del 3-6 settembre 2024 in tema di “*Strengthening Democratic Governance for Better Public Policies and Services*” nel panel coordinato dalla Prof.ssa Anna Simonati che, sentitamente, si ringrazia.

¹ M. LUVUCIUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, 145; C. FRANCHINI, *L’intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021; R. GAROFOLI, B.G. MATTARELLA, *Governare le fragilità*, Milano, 2025; U. BECK, *La società del rischio, verso una seconda modernità*, Milano, 2000. L’attuale società viene definita da U. BECK nel suo saggio come “società del rischio”.

² Una quota rilevante della popolazione italiana (11,7% della popolazione ultra settantacinquenni (dati ISTAT 2020) è costituita da persone, solitamente anziane, spesso affette da più patologie croniche, le cui esigenze assistenziali sono determinate non solo da fattori legati alle condizioni cliniche, ma anche da fattori quali lo *status* socio-familiare e ambientale o l’accessibilità alle cure.

Ai soggetti in condizioni di fragilità, disabilità e non autosufficienza si uniscono, infatti, individui in età anziana che necessitano, oltretutto di interventi assistenziali mirati ed immediati, principalmente, di un monitoraggio e di un'attenzione costante, al fine di prevenire i rischi connessi alle eventuali insorgenze patologiche.

A fronte di tale contesto, emerge la necessità di un modello assistenziale di prevenzione e di gestione del rischio³, orientato alla promozione della salute intesa in termini olistici, di complessiva valorizzazione della persona umana, che sia tale da prendere in carico gli assistiti in modo proattivo, assicurando tra i livelli essenziali delle prestazioni⁴, adeguati *standards* di assistenza domiciliare e territoriale.

L'idea di promuovere e sperimentare una cultura dell'assistenza domiciliare integrata per gli anziani e i fragili⁵ in condizioni di isolamento, con l'ausilio delle reti di cooperazione e attraverso le nuove tecnologie, consente di preservare l'identità propria di tali soggetti e di facilitare la diffusione di interventi di assistenza capillare.

Il progetto necessita, tuttavia, di un apparato di modelli applicativi e regole giuridiche volte a delinearne l'operatività.

In questa prospettiva, il modello di analisi socio-giuridica che ci si propone è *caratterizzato dalla evoluzione verso una progressiva sostituzione dell'assistenza⁶ in hospice e para-hospice con l'assistenza domiciliare integrata,*

³ Riflette, con persistente attualità, sulla relazione tra incertezza tecnico-scientifica e governo del rischio e sulla necessità di decisioni amministrative precauzionali, F. DE LEONARDIS *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005.

⁴ Si v. F. BIONDI, *Livelli essenziali delle prestazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 3567. Cfr. anche C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 894 ss.; A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni, I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali: uno snodo decisivo nella configurazione del nuovo disegno autonomistico*, Atti del Convegno annuale Associazione Gruppo di Pisa tenutosi a Pavia il 6 e 7 giugno 2003 sul tema *La riforma del Titolo V e la giurisprudenza costituzionale*, in <http://costituzionale.unipr.it>; nonché M. BELLETTI, *"Livelli essenziali delle prestazioni" e "contenuto essenziale dei diritti" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino 2004, 181 ss.

⁵ R. GAROFOLI, B. G. MATTARELLA, *Governare le fragilità*, op.cit. Gli A. valorizzano l'importanza di un coinvolgimento dei privati nella realizzazione delle infrastrutture critiche e l'indifferibilità di politiche economiche dirette a razionalizzare la spesa pubblica nel sistema sanitario, afflitto da perduranti inefficienze oltre che da disuguaglianze profonde.

⁶ Sui profili evolutivi del Sistema Sanitario Nazionale G.B. VERBARI, *Servizio Sanitario Nazionale (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1987, 182 ss.; P. SANTINELLO, *Servizio sanitario nazionale (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997; R. FERRARA, *L'ordinamento della*

quale condizione assistenziale privilegiata, rispettosa dell'individuo e più efficiente nel lungo periodo anche in termini *budgetari* e macroeconomici, se solo si pensi a una strategia di accurata gestione del rischio e alla possibilità di prevenire determinati stati morbosi o degenerativi, prima della loro insorgenza.

Lo studio deve basarsi su una regolamentazione dei rapporti pubblico-privato e sul coinvolgimento della cittadinanza nella promozione di interventi assistenziali territoriali.

L'obiettivo è quello di promuovere una delocalizzazione degli investimenti e una canalizzazione degli stessi verso servizi assistenziali a livello domiciliare, al fine di garantire una maggiore consapevolezza, identità e conservazione della dignità della persona in condizioni di fragilità, contribuendo a ridurre l'esposizione al rischio di patologie.

L'implementazione di tali modelli socio-giuridici per l'integrazione della popolazione è supportata da studi di *risk assessment* che consentono di analizzare i profili di rischio⁷ e la regolazione dello stesso a fronte di diversi modelli di intervento assistenziale.

In questo processo è fondamentale la realizzazione, oltretutto di reti territoriali e relazionali di prossimità⁸, anche di ecosistemi avanzati di telemedicina, asse portante del rafforzamento della sanità territoriale e del miglioramento degli *standards* di cura dei cittadini.

A tale proposito la missione 6 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza prevede un'articolazione binaria che si concentra sulle reti di prossimità, sulle strutture intermedie e sulla telemedicina, nonché sulla

sanità, Torino, 2007; A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi* in R. FERRARA, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Salute e sanità, Trattato di biodiritto*, Milano, 2010; L. LAMBERTI, *Diritto sanitario*, Assago, 2012; F. CASTIELLO, V. TENORE, *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2012.

⁷ Si v. L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018; I. M. MARINO, Intervento al Convegno dell'Associazione dei Professori ordinari di Diritto Amministrativo "San Giustino", *Il diritto amministrativo nella società del rischio*, Acireale, 24 giugno 2005; ID., *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi a "diritto amministrativo"*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 67; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2008.

⁸ S. BUOSO, A. VISCOMI (a cura di), *Per un welfare di comunità. Organizzazione e lavoro nella sanità territoriale*, Torino, 2024; G. GIARELLI, *La salute di prossimità. Un modello possibile per una ricalibratura dell'assistenza sanitaria territoriale* in *Sistema salute*, 2023, 16-31.

innovazione, sulla ricerca e sulla digitalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale⁹.

In tale direzione, assume rilievo la definizione di un adeguato assetto istituzionale e organizzativo basato sulla specifica elaborazione di *standards* strutturali e tecnologici omogenei per l'assistenza e l'identificazione delle strutture a essa deputate, nonché sul rafforzamento delle prestazioni erogate.¹⁰

Il *restyling* del nostro *welfare* assistenziale deve essere, pertanto, indirizzato verso il monitoraggio e la fornitura di assistenza facilitata, al fine di ridurre gli stati di bisogno e intervenire in maniera adeguata sulla sostenibilità delle condizioni di vita, consentendo di mantenere un rilevante grado di indipendenza presso le proprie abitazioni.

In sinergia con tali obiettivi, le misure assistenziali devono essere convogliate verso una intensa attività di *advocacy* che coinvolge diversi attori sociali, appartenenti al terzo settore, associazioni di rappresentanza ed ordini professionali.

Gli interventi, volti alla introduzione di livelli essenziali per il potenziamento economico e organizzativo delle reti di assistenza, sono, così, tesi, principalmente, a sostenere la domiciliarità e l'integrazione nel tessuto sociale di appartenenza, risultando, pertanto, funzionali a indirizzare i finanziamenti al rafforzamento dei servizi negli ambiti territoriali.

2. *La domiciliarità tra i livelli essenziali delle prestazioni. L'attuale disegno normativo*

L'ampio frastaglio del nostro sistema di *welfare* assistenziale pare evolversi, visto che le possibilità inclusive, oggi, offerte dalla tecnica sono migliorate riguardo alle soluzioni di assistenza degli anziani e dei soggetti in condizioni di fragilità¹¹.

⁹ Assume ampia portata, peraltro, la regolamentazione in maniera appropriata della gestione dei *big data* S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete, quali i diritti quali i vincoli*, Bari, 2014; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, ESI, 2019, 93; D.U. GALETTA–J. G. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in www.federalismi.it, 3/2019.

¹⁰ E. CATELANI, *Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockchain*, in www.federalismi.it, 4/2021, 212.

¹¹ Si rinvia a F. CEMBRANI, M. CINGOLANI, PG. FEDELI, *L'inclusione della persona disabile*

Preliminarmente, occorre considerare come l'assistenza sanitaria territoriale e la domiciliarità siano incluse quali prioritari livelli di assistenza nell'attuale contesto socio-sanitario.

Il quadro normativo in materia di Livelli essenziali di assistenza (di seguito Lea)¹² ha visto la sua organica caratterizzazione con il DPCM del 18 marzo 2017¹³ che aveva definito le iniziative di prevenzione collettiva, comprendendovi attività di *sorveglianza* e controllo; nonché attività di assistenza distrettuale. Esse risultano caratterizzate da servizi sanitari e

con strumenti tecnologici: occasione di un primo commento alla legge-delega al Governo in materia di disabilità in Riv. It. Med. Leg. 2/2022, 267-283. Sui capisaldi costituzionali della protezione sociale si rinvia a E. ROSSI, *Lo statuto costituzionale della persona con disabilità: brevi considerazioni su un disegno di legge, Quaderni costituzionali*, 2021, 370; M. CAMPEDELLI, *Invecchiamento tra capacità e disegualianza. Spunti di riflessione in Questione Giustizia*, 2011, 104 e ss. M. NUSBAUM, S. LEVMORE, *Invecchiare con saggezza*, Bologna, 2017; F. BARBERA, *L'innovazione sociale: aspetti concettuali, problematiche metodologiche e implicazioni per l'agenda in Polis*, XXXIV, 2020, 131-148. Si v. G. CANCELLIERI, L. SPERONI (2018), *Le esperienze di innovazione sociale in Italia*, in M. CAROLI (a cura di), *Evidenze sull'innovazione sociale e sostenibilità in Italia. Quarto rapporto*, FrancoAngeli, Milano, 40-69. Si v. B. ROIT, C. RANCI, *La riforma del Long-term care e il PNRR*, www.wel-forum.it, 27 aprile 2021; E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur.it.*, 2005, 9; L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, in *Consulta OnLine*; C. DI COSTANZO, *Allocazione delle risorse e tutela della salute nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2021; M. NOCCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018.

¹² Cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI- G. CERRINA – FERRONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino 2011, 11 s.; E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Ist. Federalismo*, 2001, 1103 ss.; R. BALDUZZI, *Esiste ancora un Servizio sanitario nazionale?*, in M. RICCA-L. CHIEFFI (a cura di), *Il governo della salute. Regionalismi e diritti di cittadinanza*, Quad. Formez, Roma 2005, 24; A. D'ALIOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali: uno snodo decisivo nella configurazione del nuovo disegno autonomistico*, op.cit., 9 ss.; E. FRONTONI, *Determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli 2015, 149 ss..

¹³ Dopo essere stato sottoposto al parere delle Commissioni parlamentari competenti, è stato approvato il D.P.C.M. 12 gennaio 2017 *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, pubblicato sulla G.U. n. 65 del 18 marzo 2017. I precedenti LEA erano stati definiti con D.P.C.M. del 29 novembre 2001.

socio-sanitari diffusi sul territorio e sono articolati in assistenza sanitaria di base, assistenza emergenziale territoriale, assistenza farmaceutica, assistenza integrativa, assistenza specialistica ambulatoriale, assistenza protesica ed assistenza ospedaliera.

Il Decreto 23 maggio 2022, n. 77, nel riordinare e definire modelli e *standards* per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale, nel suo Allegato 1, specifica, inoltre, come il Sistema sanitario nazionale persegue lo svolgimento di attività distrettuali di pianificazione, rafforzamento dei servizi territoriali, in particolare attraverso lo sviluppo di strutture di prossimità¹⁴ e attraverso il potenziamento delle cure domiciliari, al fine di valorizzare la casa, quale luogo privilegiato dell'assistenza.

Gli obiettivi dell'assistenza domiciliare sono perseguiti attraverso l'integrazione tra assistenza sanitaria e sociale e lo sviluppo di *equipe* multiprofessionali.

Viene implementata una visione in termini di *Planetary Health*¹⁵ con logiche sistematiche di medicina di iniziativa e di presa in carico, attraverso la stratificazione della popolazione per grado ed intensità dei bisogni.

Assumono centralità l'utilizzo e la diffusione di servizi digitalizzati; la valorizzazione della co-progettazione e della partecipazione della comunità attraverso il coinvolgimento dei diversi attori locali.

Ne consegue la valorizzazione di una sanità di iniziativa, quale modello fondato su un'assistenza all'individuo dalle fasi di prevenzione ed educazione alla salute fino alle fasi di insorgenza della patologia.

Tale impostazione si fonda sulla stratificazione della popolazione per profili di rischio, attraverso algoritmi, volti a differenziare le strategie e i tempi dell'intervento assistenziale.

Il decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34, peraltro, aveva contemplato espressamente la possibilità di sviluppare modelli predittivi che consentissero la stratificazione della popolazione, il monitoraggio e la gestione

¹⁴ Si tratta, in particolare, delle Case della Comunità, quale punto di riferimento per la risposta ai bisogni di natura sanitaria, sociosanitaria a rilevanza sanitaria per la popolazione di riferimento.

¹⁵ A. Carrel, medico e biologo, affermava nel 1936 che la salute è assai più che mancanza di malattia. L'approccio olistico è ispirazione dell'attuale approccio alla salute e all'assistenza socio-sanitaria. Si v. A. MARTIN, R. NACCARATO, *Diritto alla salute e coscienza sanitaria*, Padova, 1989.

integrata di patologie croniche e di situazioni complesse, utilizzando informazioni relative ai bisogni clinici assistenziali e sociali della persona.

In tale prospettiva l'assistenza domiciliare diviene cardine e centro propulsore di modelli di sanità fondati sulla prevenzione e orientati alla promozione complessiva delle condizioni di salute dell'individuo.

Il citato Decreto 23 maggio 2022 n.77 ha svolto un ruolo decisivo nel riordinare e definire modelli e *standards* per lo sviluppo dell'assistenza territoriale ed ha delegato al Governo il riordino delle norme vigenti riguardanti la disabilità.

Il Parlamento italiano ha, inoltre, definitivamente approvato la legge del 23 marzo 2023 n. 33 con le deleghe al Governo in materia di politiche assistenziali. Essa elenca una serie eterogenea di misure destinate a favorire l'invecchiamento attivo, la promozione dell'inclusione sociale e la prevenzione della fragilità della persona; nonché a rafforzare l'assistenza sociale, sanitaria e socio-sanitaria dei soggetti non autosufficienti.

Il D. lgs. 15 marzo 2024 n. 29 reca disposizioni volte a promuovere la dignità, l'autonomia, l'inclusione sociale e la prevenzione delle fragilità. È programmato un incremento nel reclutamento del personale per il potenziamento dell'assistenza territoriale, con riferimento ai maggiori oneri per la spesa di personale da reclutare, dipendente e convenzionato.

La politica assistenziale in ambito socio-sanitario risulta, pertanto, inevitabilmente, ricalibrata secondo i parametri della *risk analysis* e del *risk assessment*. Essi consentono di elaborare modelli sociali integrati, capaci di regolare *ex ante* fenomeni che, se non compresi e arginati in tempo, possono rendere necessari interventi *ex post* spesso costosi, inadeguati, insufficienti e inevitabilmente fallimentari.

Un'adeguata politica pubblica di tutela dei soggetti in condizioni di fragilità, peraltro, è chiamata a svolgere un ruolo non solo di protezione degli stessi, ma un ruolo efficacemente "protettivo" dell'intero tessuto sociale, potendo attivare meccanismi propulsori di partecipazione e ricchezza culturale e relazionale.

3. *Gli obiettivi del PNRR e il dm 77/2022. Il ruolo della telemedicina nell'assistenza domiciliare e territoriale*

Il Regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021/241 che istituisce il dispositivo per la Ripresa e la Resilienza indica, tra le grandi aree di intervento¹⁶ su cui il PNRR deve intervenire, la coesione sociale e territoriale, nonché la salute e la resilienza economica ed istituzionale.

Assume rilievo centrale, inoltre, tra gli obiettivi del PNRR, l'implementazione del pilastro digitale al fine di migliorare la connettività e consentire una razionalizzazione dei servizi pubblici digitali.

In tale prospettiva, occorre constatare come le tecnologie assistive intelligenti abbiano introdotto le innovazioni tecnologiche funzionali a perseguire gli obiettivi del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza ed abbiano contribuito a invertire il *trend* di istituzionalizzazione nelle strutture residenziali, investendo nel potenziamento dell'assistenza domiciliare integrata.

Tale inversione di tendenza è resa possibile tramite reti di collaborazione di soggetti privati e pubblici a supporto delle famiglie e tramite l'ausilio di strumenti tecnologici ed elettronici, volti ad implementare l'attualità e l'efficacia di interventi di cura e assistenza anche in forma di ausilio cognitivo e di telemedicina¹⁷.

Con riferimento specifico ai soggetti in condizioni di disabilità, il Piano nazionale di Ripresa e resilienza, nella Missione 5, ha previsto, la *“riforma della normativa nell'ottica della de-istituzionalizzazione e della promozione dell'autonomia delle persone con disabilità”* che dovrà essere attuata semplificando l'accesso ai servizi socio-sanitari, rivedendo le procedure di accertamento delle disabilità e promuovendo progetti personalizzati di vita indipendente affidati alle *“unità di valutazione multidimensionale sui territor?”*. È prevista l'autorizzazione alla fornitura di *“dispositivi ICT e supporto per sviluppare competenze digitali, al fine di garantire loro l'indipendenza economica”*; così da *“realizzare pienamente i principi della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006, ratificata dall'Italia fin dal 2009, secondo un approccio del tutto*

¹⁶ Oltre alla transizione verde e digitale, la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, le politiche per le nuove generazioni, l'infanzia e i giovani.

¹⁷ F. CIMBALI, *La governance della sanità digitale*, Padova, 2023; N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in www.federalismi.it, 2021, 189.

coerente con la Carta dei diritti fondamentale dell'Unione Europea e con la recente Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030 presentata a marzo 2021 dalla Commissione Europea'.

Tale prospettiva mira a promuovere innovativi modelli di assistenza che consentano alla tecnologia di mettere in contatto i soggetti fragili in condizione di solitudine e abbandono con giovani referenti interessati che possano attuare interventi assistenziali con modalità integrative rispetto ai tradizionali servizi di assistenza socio – sanitaria.

L'obiettivo è incentivato dalla destinazione di fondi specifici¹⁸ per il potenziamento dell'assistenza domiciliare che si pone come strategia programmatica¹⁹ della nuova legge di bilancio.

¹⁸ La legge di bilancio pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* il 31 dicembre 2021 (l.n. 234/2021) contiene importanti disposizioni nell'area della sicurezza sociale, nel tentativo di offrire risposte ad alcuni bisogni che presentano nel nostro Paese tratti di emergenza-zialità.

¹⁹ La legge di bilancio 2025 dispone all'art. 51 un aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza e degli importi tariffari, destinando il vincolo di una quota del fabbisogno sanitario nazionale *standard* per consentire l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza. Già la legge di bilancio del 2021 era, peraltro, intervenuta specificamente nel settore dell'assistenza ad anziani e soggetti non autosufficienti (art. 1, commi 160-171) e dell'inserimento sociale delle persone con disabilità (commi 175-187), stanziando appositi fondi. L'art. 169 precisava che con uno o più decreti interministeriali sarebbero stati approvati LEP in ambiti di assistenza diversi dalla non autosufficienza, individuati dall'art. 22, comma 2, della legge n. 328/2000: contrasto della povertà; interventi per la piena integrazione delle persone disabili. Sono stati, inoltre, definiti i LEP individuati come prioritari nell'ambito del Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali. In particolare, assume rilievo la previsione della messa a disposizione di strumenti qualificati per favorire l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro degli assistenti familiari, in collaborazione con i Centri per l'impiego del territorio, l'assistenza gestionale, legale e amministrativa alle famiglie per l'espletamento di determinati adempimenti.

Le disposizioni dettate dai commi 164-166 prevedevano, inoltre, che l'offerta di servizi degli ambiti territoriali sociali potesse essere integrata da contributi, diversi dall'indennità di accompagnamento di cui alla legge n. 18/1980, per il sostegno della domiciliazione e dell'autonomia personale delle persone anziane non autosufficienti e il supporto ai familiari che partecipano all'assistenza, utilizzabili esclusivamente per remunerare il lavoro di cura svolto da operatori titolari di rapporto di lavoro conforme ai contratti collettivi nazionali di settore di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 o per l'acquisto di servizi forniti da imprese qualificate nel settore dell'assistenza sociale non residenziale. Al fine di progettare determinati percorsi di formazione, è previsto che gli ambiti territoriali sociali possano stipulare intese con le associazioni di rappresentanza sottoscrittrici dei contratti collettivi nazionali al fine di progettare percorsi di formazione, mediante gli enti bilatera-

Con l'intervento normativo del 22 dicembre 2021 n.227 si è dato seguito ad un'accelerazione del processo di introduzione delle tecnologie nell'ambito dell'assistenza sanitaria.

L'inclusione è progettata e realizzata, peraltro, per il tramite degli ausili offerti dalla tecnica, nonché attraverso l'utilizzo delle *Intelligent Assistive Technologies*²⁰ che possono avere l'effetto di ritardare oppure ovviare alla

li. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nel rispetto delle previsioni del d.lgs.14 settembre n. 150/2015, possono, inoltre, definire strumenti e modelli di supporto e ausilio per i sistemi di incontro tra domanda e offerta di cui al comma 162, nonché per le attività di formazione a favore dei familiari delle persone anziane non autosufficienti. Le enunciate previsioni andavano già nella direzione di promuovere un'offerta di lavoro qualificato nel settore, sostenendo indirettamente la contrattazione collettiva secondo la consolidata regola di selezione dei soggetti rappresentativi dettata dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015.

La logica sottesa alle disposizioni era quella della integrazione tra diversi strumenti di intervento, mirando ad un potenziamento dell'offerta di prestazioni da ottenere, sia mediante l'organizzazione di servizi specifici con personale qualificato, sia mediante la valorizzazione di un approccio collaborativo e coordinato tra enti del terzo settore e strutture di prossimità.

²⁰ Si v. N. MATTEUCCI, N. MARCATILI, *E-health ed evoluzione dei sistemi sanitari. Un'analisi empirica sull'Europa*, in G. VICARELLI, M. BRONZINI (eds.), *Sanità digitale. Riflessioni teoriche ed esperienze applicative*, Bologna, 2019, 51. O. RENAUDIE, *Telehealth: A New Relationship with the Territory(ies)?* in *Erdal* 4/2023, 147 ss.; V. MOLASCHI, *Telemedicine: Impact and Perspectives in Healthcare Delivery and Organization of the Italian National Health Service in European Review of Digital Administration & Law* in *Erdal* 4/2023, Volume 4, Issue 1, pp. 153-167. L'A. tratta dello sviluppo della telemedicina, nucleo originario e pilastro della sanità digitale, in Italia. Dopo aver inquadrato preliminarmente l'argomento, ripercorrendone anche l'evoluzione a livello europeo e italiano, l'analisi dedica ampio spazio alle disposizioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, per il quale l'e-Health e, in particolare, la telemedicina, rappresentano uno dei fattori più importanti per il rafforzamento del sistema sanitario. Le riflessioni sono duplici: gli effetti dell'assistenza a distanza sul rapporto medico-paziente e l'impatto sull'erogazione dei servizi e sull'organizzazione sanitaria. L'A. evidenzia come la sanità digitale influisca profondamente anche sull'erogazione dei servizi sanitari, come dimostra l'evoluzione della telemedicina. Si cfr., inoltre, sulle nuove frontiere della telemedicina anche nell'assistenza territoriale e domiciliare, A. MAZZA, LABOCCETTA, *Telemedicina: sfide, problemi, opportunità*, in *www.federalismi.it*, 22, 2023, 135; L. FERRARO, *La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 837. Si cfr., inoltre, con riferimento alle opportunità e alle criticità degli strumenti di digitalizzazione nell'assistenza sanitaria territoriale, N. POSTERARO, S. CORSO, *The Italian Electronic Health Record*, in *Erdal*, 4/2023, 187 ss.. Si v. M. BELEN ANDREU MARTINEZ, V. MOLASCHI E O.RENAUDIE, *E-Health: Opportunities and Critical Issues for the Patient and for Health Services*, in *Erdal*, 4/2023, 5-6. Si v., inoltre, sui limiti

necessità di assistenza istituzionale, riducendo così le spese sanitarie associate all'assistenza a lungo termine e all'istituzionalizzazione, mitigando il peso dell'assistenza che spesso grava sulla famiglia o sugli altri assistenti informali e facilitando l'indipendenza, autonomia, interazione sociale dei soggetti in condizione di fragilità.

In particolare, le attività di assistenza domiciliare sociale integrate con i servizi sanitari possono combinarsi con soluzioni abitative innovative e con un complessivo rafforzamento degli interventi delle reti di prossimità intergenerazionale.

In tale prospettiva, un miglioramento dei servizi sociali di supporto per le persone in condizioni di fragilità e per le loro famiglie può essere attuato tramite la predisposizione di modalità di intervento per le emergenze temporanee, diurne e notturne, nonché mediante servizi professionali volti alla sostituzione temporanea degli assistenti familiari per le ipotesi di impossibilità.

L'organizzazione di tale sistema assistenziale muove dal valorizzare la collaborazione volontaria tra soggetti pubblici e privati, tramite accordi partenariali e interventi di tipo associativo o realtà più complesse e stratificate, quali le fondazioni di partecipazione²¹.

dell'intelligenza artificiale nelle sue differenti implicazioni, G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023. C. CASONATO, *Telemedicina. Vantaggi e rischi della telemedicina assistita da intelligenza artificiale*, in E. RIGO (a cura di), *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, Roma, 2023, 219; C. BOTRUGNO, *Telemedicina e trasformazione dei sistemi sanitari. Un'indagine di bioetica*, 133; E. BROZZETTI, G.M. CANNELLA, A. RANDAZZO, *Telemedicina, teleassistenza e intelligenza artificiale in un sistema socio-sanitario di prossimità: nuovi paradigmi etico-giuridici*, in *Rapporto DIPAB 2022*; ID. *L'integrazione socio-sanitaria e il diritto delle regioni*, Torino, 2022, 277; R. BALDUZZI, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 353.

Si v. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)* (25 novembre 2015), in www.federalismi.it, 22, 2015; V. MOLASCHI, *Algoritmi e discriminazione*, in M. ANDREIS, G. CREPALDI, S. FOÀ, R. MORZENTI PELLEGRINI e M. RICCIARDO CALDELARO (eds.), *Studi in onore di C.E. Gallo*, Torino, Giappichelli, 2023, vol. I, 355.

²¹ G. SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, 2021; M. MALTONI, *Le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità* in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, s.d., 2; N. LONGOBARDI, *Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato*, in www.amministrazioneincammino.it; A. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Dig. Disc. privat.*, vol. VIII, Torino, 1992, 364; G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997, 18 ss.; P. MANES, *Le nuove prospettive in materia di fondazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004; S. MARCHEGIANI, N. MANCINI, *La*

A ciò si aggiunga che, nella direzione indicata, la robotica ha elaborato diverse componenti²² di riabilitazione e di telepresenza.

In questo senso, assumono rilievo modelli sociali che partano dalla promozione dell'alfabetizzazione digitale per arginare il fenomeno del *digital divide* attraverso l'obbligo di formazione della popolazione e la conseguente organizzazione di obiettivi di almeno parziale autosufficienza tecnologica²³.

La riforma del sistema assistenziale nella direzione della domiciliarietà²⁴ attende, tuttavia, di trovare un'attuazione significativa anche attraverso specifici atti programmatici, risultando, peraltro, rinviata l'attuazione del progetto disegnato dagli interventi normativi allo stanziamento di fondi

fondazione di partecipazione quale strumento innovativo per la gestione dei servizi culturali, in *Azienditalia*, 2006, 367.

²² Quanto alle ricadute dell'uso della robotica nell'ambito dei rapporti persona-amministrazione, con particolare riferimento al caso sanitario si v. F. MANGANARO, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004. Si v. F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743; C. MANNELLI, *Etica ed intelligenza artificiale. Il caso sanitario*, Roma, 2022. Si v., inoltre, M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006; E. CHITI, B. BARCHETTI, N. RANGONE, *L'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. 2, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Bologna, 2022, 43; R. MICCÙ, *Questioni attuali intorno alla digitalizzazione dei servizi sanitari nella prospettiva multilivello*, in *www.federalismi.it.*, 5/2021, 1.

²³ M.A.SANDULLI, *Introduzione: riflessioni sull'approccio One Health alla luce delle recenti modifiche al dettato costituzionale*, in F. APERIO BELLA (a cura di), *One Health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari. Per un approccio olistico alla salute umana, animale ed ambientale*, Napoli, 2022, 21; L. SARTORI, *Il divario digitale. Internet e le nuove disuguaglianze sociali*, Bologna, 2006; F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Napoli, 2014. Si v. U. BECK, *La società del rischio, verso una seconda modernità*, op. cit. L'attuale società viene definita da U. BECK nel suo saggio come "società del rischio". L'A. riflette su come la stessa, nel mettere in atto processi di accelerazione digitale e semplificazione algoritmica, accresce il gap generazionale, il digital divide, aumentando i dissidi di una modernità "a due velocità" che sottovaluta la portata rigeneratrice di una politica pubblica che, invertendo le proprie priorità, ponga al centro la condizione dell'uomo.

²⁴ F. F. TUCCARI, M. BENVENUTO, *La situazione della Regione Puglia*, in *Corti supreme e salute*, 2/2023, 411 ss..

destinati al conseguimento degli ambiziosi obiettivi assistenziali individuati.

4. *La centralità del diritto alla salute e le sue declinazioni*

Il tema del diritto alla salute come diritto sociale, come diritto ad una prestazione sanitaria, è condizionato dalla necessaria interferenza tra la concreta attuazione del diritto fondamentale attraverso le prestazioni sanitarie e la gestione delle risorse pubbliche che coinvolge il delicato bilanciamento tra la garanzia dei diritti sociali e la gestione sostenibile delle risorse finanziarie.

La Corte Costituzionale, con sentenza del 21 dicembre 2016 n. 275²⁵, ha precisato che è “la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”.

In particolare, il diritto alla salute nelle sue differenti declinazioni, inteso come diritto ad ottenere una prestazione sanitaria, rappresenta una posizione soggettiva la cui attuazione è particolarmente onerosa e si traduce nella pretesa ad una prestazione pubblica integrata dalla mediazione dell’azione amministrativa.

Tra i diritti sociali, quello alla salute è la posizione soggettiva che maggiormente implica il coinvolgimento attivo dei pubblici poteri per l’attuazione concreta della norma costituzionale.

Da una iniziale interpretazione che riteneva l’art. 32 Cost. una norma programmatica si è passati alla piena affermazione della precettività del diritto alla salute²⁶, sia come diritto dell’individuo al mantenimento e al

²⁵ Con la sentenza n. 275 del 2016, la Corte costituzionale ha esaminato la questione di legittimità costituzionale promossa dal TAR Abruzzo avverso l’articolo 6, comma 2-*bis*, della legge della regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78 (Interventi per l’attuazione del diritto allo studio), aggiunto dall’articolo 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15 (Legge finanziaria regionale 2004), per violazione dell’articolo 10 Cost., in relazione all’articolo 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e dell’art. 38 Cost.

²⁶ Riguardo alle correlazioni fra organizzazione sanitaria e diritto alla salute C.E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 135 ss.; M. DUGATO, *Sussidiarietà e salute*, in *Sanità pub. e priv.*, 2006, 7.

miglioramento del proprio stato di benessere psico-fisico, sia come interesse della collettività alla protezione della salute.

Viene, quindi, in rilievo la posizione soggettiva individuabile nel diritto alla prestazione sanitaria, la quale deve tenere conto anche dello stato delle tecnologie e delle conoscenze scientifiche a disposizione, oltre che degli aspetti organizzativi di pertinenza dell'apparato amministrativo.

Ciò implica che il diritto alla salute nelle sue varie declinazioni si relazioni con l'esercizio del potere che contribuisce a enucleare le modalità con cui la prestazione sanitaria sarà resa.

I soggetti pubblici sono tenuti a rendere effettivo questo diritto o direttamente, tramite l'erogazione diretta di prestazioni, o indirettamente, regolando analoghe attività gestite da privati.

In tal senso, non può sottacersi come le politiche pubbliche in materia di assistenza socio-sanitaria negli ultimi anni abbiano affrontato il problema disponendo misure economiche, senza aver prima implementato percorsi inclusivi di trasformazione del sistema complessivo, non attenuando le diseguaglianze e non raggiungendo obiettivi di soddisfacimento dei reali bisogni della popolazione in condizione di emarginazione.

Già a metà del settecento era stato osservato da Montesquieu che l'elemosina fatta a un uomo per strada non è sufficiente ad adempiere gli obblighi dello Stato, che dovrebbe garantire ai cittadini "nutrimento, un abbigliamento decente e un genere di vita che non sia dannoso alla salute"²⁷.

La necessaria garanzia di tali livelli basilari di tutela della dignità della persona, prima che del suo stato di salute, consente di affermare come alla base delle politiche di cura delle fragilità debba esserci un capovolgimento degli obiettivi di intervento, imperniati non tanto sull'aumento delle risorse economiche nel settore, quanto sulla riduzione delle diseguaglianze.

Come osservato da M. Luciani "la tutela [dei diritti] deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità *della persona*"²⁸.

²⁷ C. L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano, II, 549.

²⁸ M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, op. cit.

In tale prospettiva, la necessaria integralità della tutela dei diritti fondamentali deve assurgere ad una dimensione di sistema, alla quale l'intero ordinamento, se vuole abbracciare *uno actu* la cura della dignità della persona, deve essere orientato.

La disamina che ci si propone riflette, pertanto, sugli strumenti di intervento di un'azione amministrativa innovatrice, fondata su uno Stato che utilizza la spesa come moltiplicatore di opportunità, basandosi su una valutazione integrata dei bisogni.

In tale ambito di assistenza sanitaria "dell'innovazione" trovano una collocazione centrale i modelli volti a sperimentare una cultura dell'assistenza domiciliare integrata per gli anziani e i fragili in condizioni di isolamento e a promuovere interventi assistenziali fondati su una idonea e cooperativa rete relazionale.

5. *L'interazione tra soggettività pubbliche e private per l'erogazione di prestazioni assistenziali. Il trend della giurisprudenza amministrativa*

Dall'analisi dei precedenti nodi problematici emerge la necessità di un intervento assistenziale pervasivo, fondato su una capillare relazione con gli operatori privati e il terzo settore e caratterizzabile come una rete territoriale di risposta ai bisogni essenziali.

Una visione integrata e l'attivazione di un sistema di cura mirato dovrebbero porsi, in tal senso, come intervento regolatorio *ex ante*, capace di recidere le cause storico-culturali e ambientali che hanno comportato le degenerazioni dell'attuale sistema assistenziale eccessivamente rigido e poco rispondente ai bisogni reali degli assistiti.

Al tempo stesso, tale approccio potrebbe configurarsi idoneo a individuare soluzioni concrete, a limitare le ricadute negative di approcci eccessivamente legati ad una cultura "formale" dell'assistenza istituzionalizzata ed arginarne gli effetti.

Il tema dell'interazione tra soggettività pubbliche e private per l'erogazione di prestazioni assistenziali appropriate assume, pertanto, rilievo e urgenza, alla luce dell'attuale contesto normativo e della complementarità tra strumenti tradizionali di assistenza e nuove tecnologie.

Studi di *risk assessment*, inoltre, hanno rivelato che una cospicua parte delle istituzionalizzazioni tramite inserimento in strutture di anziani e

soggetti fragili, oltrechè soggetti oncologici in fase terminale sarebbero evitabili, ove si predisponesse un corretto apparato di cura domiciliare preventiva e una rete di assistenza idonea a evitare il deterioramento delle condizioni psico-fisiche di tali soggetti.

Un approccio di assistenza domiciliare tempestivo, professionale e accurato tenderebbe ad evitare il deterioramento dello stato di salute dei soggetti anziani e fragili, così rallentando o riducendo la necessità di internalizzazione.

La maggior parte degli interventi di istituzionalizzazione si riduce, infatti, a un'offerta di cura parziale che oblitera le esigenze del soggetto in condizioni di debolezza e non consente la necessaria personalizzazione del trattamento assistenziale e sanitario.

A tal fine, pare sufficiente richiamare gli allarmanti dati sui trattamenti sanitari obbligatori, disposti spesso non per effettiva necessità medica, quanto come necessità sociale, come *extrema ratio* per accelerare il processo di “messa in sicurezza” del soggetto fragile da un ambiente non sostenibile perché carente di appropriatezza assistenziale domiciliare e divenuto pressante sulle famiglie, ove non supportate adeguatamente dalla realtà territoriale.

L'auspicio, intravedibile nelle nuove linee di tendenza legislative, è nel tracciare un disegno assistenziale che viaggia in direzione inversa, ossia non dalla casa alla struttura, ma dalla struttura alla casa, come luogo di prevenzione di patologie (si pensi al deterioramento per abbandono e isolamento di determinate patologie psichiatriche o neurodegenerative) e come luogo di cura e di attenzione per la persona.

Con la recente sentenza 6 ottobre 2023, n. 8708, la Terza Sezione del Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, è intervenuta sul tema dell'assistenza e dell'erogazione di prestazioni appropriate, sebbene con riferimento non a soggetti anziani, ma ad un soggetto in condizioni di disabilità e fragilità²⁹.

Si trattava, nel caso di specie, dell'istanza presentata in favore di un minore con autismo severo, tesa a ricevere, in via diretta o indiretta (tramite contributi), l'erogazione delle prestazioni inerenti all'intervento

²⁹ La fattispecie afferisce ad un provvedimento dell'azienda sanitaria unica regionale, recante il rigetto dell'istanza, presentata dagli esercenti la potestà sul figlio minore, ai fini dell'erogazione di una terapia secondo i principi dell'*Applied behavior analysis* (ABA), ovvero l'analisi applicata del comportamento in regime domiciliare e nei contesti di vita per almeno 25 ore settimanali.

cognitivo comportamentale ABA, pervenendo alla conclusione della riconducibilità di tale trattamento nei LEA, attraverso l'interpretazione sia del D.P.C.M. 12 gennaio 2017 (art. 60), sia delle Linee di indirizzo dell'Istituto Superiore di Sanità.

In tale caso è stata ricompresa nei LEA, attraverso il menzionato D.P.C.M., l'assistenza sociosanitaria con riferimento a disturbi in ambito neuropsichiatrico e del neurosviluppo, con particolare riguardo ai disturbi dello spettro autistico, venendo in considerazione prestazioni ad elevata integrazione socio-sanitaria, aventi una particolare rilevanza terapeutica e intensità.

L'aumento di attenzione per i fenomeni patologici e le malattie degenerative assume ulteriore rilievo e consente di porre le basi per il consolidamento, tramite le *partnerships* territoriali, di un nuovo sistema responsabile di protezione sociale, a misura dei bisogni delle persone più fragili.

Oltre al *trend* normativo è percepibile come la giurisprudenza amministrativa debba cooperare a rafforzare un quadro attuativo degli scenari di assistenza corrispondenti alle attuali istanze sociali.

Un delicato tema di cui si è occupato il giudice amministrativo è quello del trattamento ABA, l'erogazione di una terapia secondo i principi dell'*Applied Behavioral Analysis*, ovvero l'analisi applicata del comportamento in regime domiciliare e nei contesti di vita per almeno 25 ore settimanali.

Gli esempi indicati rendono comprensibile come la giurisdizione amministrativa sia in grado di incidere anche sul livello programmatico e, quindi, indirettamente, sulle modalità con cui saranno rese le prestazioni sanitarie ai cittadini.

Si pensi anche, a titolo di esempio, alla giurisprudenza formatasi sui ricorsi promossi dalle strutture private accreditate e contrattualizzate avverso gli atti generali di riorganizzazione del percorso diagnostico per il trattamento di varie tipologie di tumori, attraverso la individuazione di centri specialistici per l'attuazione di tali percorsi diagnostici.

La logica sottesa è quella della riduzione del numero di strutture attraverso la creazione di centri di specializzazione che garantiscano la presa in carico integrata dei pazienti.

La giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla tutela dei diritti fondamentali, in generale, e del diritto alle prestazioni sanitarie, in

particolare, contribuisce, oggi, a realizzare il disegno delineato a livello normativo e teso ad un'integrazione assistenziale domiciliare³⁰.

6. *I modelli di intelligenza artificiale in sanità e l'evoluzione dell'assistenza domiciliare. Stato dell'arte e prospettive de iure condendo*

Dalla rassegna legislativa e dal quadro offerto sulle politiche assistenziali a livello territoriale risulta la notevole varietà del sistema, nonché la sua complessità.

Ciò appare il risultato, oltre che dello stratificarsi degli interventi legislativi, anche delle differenti interpretazioni fornite a livello territoriale.

L'assistenza domiciliare integrata, così come è oggi erogata, riguarda quasi esclusivamente la bassa intensità di cura³¹. Le Regioni erogano a livello domiciliare quasi esclusivamente assistenza di bassa intensità. *Ne risulta che una persona con malattia cronica e non autosufficiente per poter rimanere nel "primo luogo di cura", la casa, deve rinunciare a buona parte del protocollo terapeutico.*

Il principale problema da affrontare consiste, quindi, nell'evitare che

³⁰ G. DE GIORGI CEZZI, *Differenziazione e livelli essenziali delle prestazioni* in G. CORSO, F. G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di) *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2022; L. GIANI, *Amministrazione e processi inclusivi. Spunti di riflessione per una cultura della rete dei servizi alla persona* in G. CORSO, F. G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di) *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2022. Si v. A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, Bologna, 2024; M.A. SANDULLI, N. POSTERARO (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata. Esperienze, problemi e prospettive*, atti del webinar del 18 ottobre 2020, Napoli, 2021; F. SAITTA, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive* in *Nuove Autonomie* n. 1-2/2024, 79 ss..

³¹ Si v. l'accurata analisi di A. PIOGGIA, *Effettività del diritto alla salute e assistenza sanitaria domiciliare*, Relazione al convegno del 15 novembre 2021 ADNA. Si v. documento "Sostenibilità del S.S.N." redatto dalla Commissione Igiene e sanità del Senato nel 2018, secondo cui l'Italia è il paese del'area OCSE con la più elevata percentuale di familiari che prestano assistenza a persone anziane o disabili. Tale sistema determina notevoli sperequazioni economico-sociali, a detrimento del diritto alla tutela della salute e a un trattamento sanitario conforme alle esigenze dei singoli soggetti. Dal Rapporto Censis 2017 è ricavabile che ben il 51,4% delle famiglie con una persona non autosufficiente ha affrontato spese sanitarie gravose e dalla relazione della Corte dei Conti sul Fondo per le non autosufficienze (2007 -2015) emergono forti disegualianze territoriali e un'estrema eterogeneità nella diffusione dei servizi. *Le conseguenze sulla rete familiare non sono però solo economiche*, ma di effettivo coordinamento con l'attività lavorativa. Il fondo per la non autosufficienza, destinato alla copertura dei costi di rilevanza sociale dell'assistenza sociosanitaria, lascia del tutto intatte le disegualianze di salute e incide in maniera difforme sul resto.

l'opzione della permanenza presso la propria abitazione comporti una rinuncia all'effettività *del proprio diritto alla salute*.

Tale prospettiva, ove sposata, implica una accentuata valorizzazione dell'assistenza sanitaria domiciliare nell'ambito dei Livelli essenziali delle prestazioni.

Il secondo problema attiene alle modalità con cui l'assistenza domiciliare erogata dal servizio sanitario si concretizza, quanto a prestazioni mediche e al servizio infermieristico, con conseguente incombenza del peso assistenziale sulle famiglie.

Occorre, pertanto, ripartire dal diritto alla cura "integrale" della persona per costruire "un servizio che sia in condizioni di realizzare quanto necessario a soddisfarlo nel quadro costituzionale, senza produrre, come oggi avviene, ineffettività e *diseguaglianze*"³².

Per costruire un percorso rispettoso della dignità *delle persone non autosufficienti curate al proprio domicilio* è necessario considerare una nozione estesa³³ di benessere, quale aspetto centrale e incompressibile della salute stessa, in cui sono ricomprese una serialità di prestazioni che esulano dalla singola prestazione terapeutica e si integrano in un contesto di complessiva presa in carico.

In questa direzione è auspicabile immaginare un intervento assistenziale a piena tutela dei soggetti assistiti a domicilio.

Obiettivo, in senso lato, dovrà essere quello di garantire alle persone non autosufficienti percorsi assistenziali domiciliari costituiti dall'insieme organizzato dei trattamenti, necessari non solo a stabilizzare il quadro clinico, ma anche ad evitare la degenerazione delle patologie e il declino cognitivo e funzionale.

La prospettiva che si intravede, a seguito dell'osservazione delle evoluzioni dell'attuale quadro giuridico- sociale, è una prospettiva di localizzazione degli investimenti, al fine di collaudare un sistema di cura dell'anziano o del soggetto fragile in un contesto domiciliare.

Un terzo aspetto di tali modelli di assistenza "delocalizzata" dalla struttura implica la complementarità fra diritto, economia e tecnologie

³² A.PIOGGIA, *Effettività del diritto alla salute e assistenza sanitaria domiciliare*, Relazione al convegno del 15 novembre 2021 ADNA.

³³ Nella nozione complessiva occorre far riferimento anche all'igiene personale, alla somministrazione di farmaci, ai servizi di nutrizione e idratazione, ai controlli, alle disinfezioni e alla considerazione dello stato complessivo della persona.

informatiche che permea in profondità i sistemi di cura, accentuando il carattere trasversale dei profili sui quali essi impattano.

Gli strumenti informatici, infatti, sono ormai concepiti in termini non solo di mero supporto all'attività di assistenza dei pazienti, ma di cura *stricto sensu* e, in tal senso, suggeriscono un ripensamento dell'impianto organizzativo del sistema sanitario³⁴.

Tale impostazione consente di delineare una sorta di sistema assistenzialistico decentrato e una canalizzazione delle risorse che, agendo a monte dello svilupparsi di determinate patologie da isolamento, realizza, proprio mediante l'inclusione, un contenimento della gestione successiva di tali fenomeni, con riduzione della congestione di ipotesi di ospedalizzazione e dell'utilizzo di Rssa.

L'approccio alla telemedicina in chiave di sostegno e di integrazione rispetto alla sanità tradizionale si accosta ad essa quale strumento attraverso il quale si declina il diritto alla salute.

Il nucleo del sistema di assistenza prefigurato emerge da una visione volta a unificare le attività di assistenza prestate a vario titolo da diversi soggetti.

Gli interventi da adottare nei singoli casi, modulati secondo l'intensità del bisogno dell'assistito, definiscono, altresì, le responsabilità, i compiti e le modalità di svolgimento dell'attività degli operatori sanitari, sociali e assistenziali che intervengono nella presa in carico della persona, nonché l'apporto della famiglia e degli altri soggetti che collaborano alla sua realizzazione.

Il contrasto all'istituzionalizzazione dei soggetti non autosufficienti può essere efficacemente perseguita, pertanto, innovando i tradizionali assetti organizzativi con l'introduzione di modelli flessibili e a rete, capaci di valorizzare l'apporto di molteplici attori istituzionali, pubblici e privati³⁵ e degli stessi fruitori del servizio.

La complessità *che caratterizza la non auto-sufficienza richiede*, infatti, la

³⁴ A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 385 ss..

³⁵ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 550 ss.; G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss.; A. Alabanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012. Secondo A. ROMANO TASSONE, *Sussidiarietà "orizzontale" e tutela della salute*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 639 ss.. L'ingresso del privato nell'ambito dell'organizzazione pubblica è espressione evolutiva

capacità di attivare gli interventi personalizzati che un contesto integrato domiciliare e comunitario è in grado di esprimere.

L'adozione di tali modelli si scontra, tuttavia, con la diffusione e il radicamento di modelli rigidamente impostati e definiti, strutturati su rapporti interorganizzativi consolidati.

In tal senso, buona parte della sfida alla de-istituzionalizzazione e all'innovazione rende necessario investire con specifiche iniziative formative, ma anche con percorsi di valutazione delle esperienze, finalizzati a valorizzare modelli relazionali di cooperazione tra attori istituzionali e soggetti privati³⁶.

L'affermazione di un nuovo approccio *risk-based* all'assistenza territoriale richiede, pertanto, la convergenza di organizzazioni e connettori di risorse, capaci di integrazione in base ai bisogni dell'utenza.

della stessa funzione amministrativa e va nella direzione della valorizzazione della collaborazione degli utenti e dei consumatori dei servizi, nell'ambito di una tendenza alla pariordinazione pubblico-privato.

³⁶ F. LUCARELLI, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà*, Esi, 2008.

Abstract

Nell'attuale sistema sociale, l'assenza di un'adeguata rete di protezione familiare e sanitaria è tale da far scivolare i soggetti sforniti di un'adeguata protezione in una condizione di povertà assistenziale. Ciò pone, con urgenza, la necessità di nuovi scenari di assistenza. L'idea è quella di promuovere e sperimentare una cultura dell'assistenza domiciliare integrata dell'anziano e del soggetto fragile in condizione di isolamento, grazie all'ausilio delle nuove tecnologie, al fine di conservare l'appartenenza identitaria del soggetto e di agevolare la diffusività di interventi di assistenza territoriale. In tal senso, lo studio si propone di analizzare modelli socio-giuridici che, sulla base di interazioni partenariali pubblico – privato, consentano l'evoluzione verso una progressiva sostituzione della cura presso strutture ospedaliere e paraospedaliere con la cura domiciliare integrata da soggetti competenti presenti sul territorio. L'analisi si fonda su una regolamentazione dei rapporti pubblico – privato e sul coinvolgimento della cittadinanza nella promozione di interventi di assistenza territoriale e si propone di supportare l'implementazione di tali modelli di integrazione della popolazione anche con studi di *risk assessment* per governare l'esposizione al rischio e consentire la regolazione dello stesso a fronte dei differenti modelli di intervento assistenziale.

Health – Innovate to prevent. Home as first place of care

In the current social system, the absence of an adequate family and health protection network is such that individuals without adequate protection slip into a state of welfare-dependent poverty. This urgently raises the need for new assistance scenarios. The demographic decline and the increase of an ageing population urgently pose problems with regard to new care scenarios. The idea is to promote and experiment with a culture of integrated home care for the elderly and the frail in an isolated condition, with the help of new technologies, in order to preserve the identity of the subject and to facilitate the diffusion of territorial care interventions. In this sense, the study proposes to analyse socio-legal models which, on the basis of public-private partnership interactions, allow the evolution towards a gradual replacement of care in hospices and para-ho-

spices with home care integrated by competent subjects on the territory. The analysis is based on a regulation of public-private relations and on the involvement of citizenship in the promotion of territorial care measures and aims to support the implementation of these socio-juridical models for the integration of the population also with risk assessment studies in order to govern risk exposure and to enable risk regulation in the face of the different care intervention models.

Regionalismo in (perenne) transizione: verso una specialità diffusa?

di Emanuele Cocchiara

SOMMARIO: 1. Il confuso regionalismo italiano e la specialità mai conquistata. Una premessa storica e coordinate di indagine. – 1.1. Il vano inseguimento di una identità speciale. – 2. La riforma del Titolo V. Tra il centralismo di fatto e la clausola di maggior favore. – 3. L'autonomia differenziata (tentata) e la decisione della Corte costituzionale n.162 del 2024. – 4. Andare oltre il dualismo ordinarie/speciali e il bicameralismo perfetto.

1. *Il confuso regionalismo italiano e la specialità mai conquistata. Una premessa storica e coordinate di indagine*

Un quesito che non sembra aver trovato soluzione sin dalla entrata in vigore della Costituzione è: come può definirsi il tipo di Stato¹ italiano? Rispondere che è uno Stato regionale non soddisfa a pieno l'interrogativo, perché a causa delle tardive e mai complete attuazioni, oltre alle continue riforme approvate o tentate, il sistema regionale italiano non ha (ancora) trovato un assetto definitivo.

Il regionalismo italiano è certamente frutto del compromesso, maturato in Assemblea costituente, tra diverse proposte e che, come osservava Paladin, anche per questa ragione era già destinato a generare ulteriori contraddizioni². In linea teorica, il modello scelto dai Costituenti può essere definito come un «tipo intermedio di Stato fra l'unitario e il federale, caratterizzato dall'autonomia regionale e che si fonda sulla

* Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale e Pubblico presso l'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Sull'assetto territoriale dello Stato ci si riferirà a “tipo di Stato” poiché tale locuzione permette di classificare gli ordinamenti statuali sulla base della ripartizione del potere pubblico fra lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali. (v. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, vol.II, IX ed., Padova, 1976, 1511ss); ciò nonostante spesso ci si riferisca allo Stato Regionale, Unitario o Federale come “forma di Stato” che indica il modello weberiano che analizza le relazioni esistenti tra gli elementi costitutivi dello Stato (M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* [1922], Tübingen, trad.it. a cura di P. Rossi, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958, 108).

² «Il disegno dei costituenti era una combinazione di opposti orientamenti, desinato in permanenza a generare contraddizioni e compromessi» (così L. PALADIN, *Diritto Regionale*, Padova, 1973, 27).

caratteristica delle Regioni di avere dei diritti che le differenziano dalle Province, pur non avendo quei requisiti che le possono parificare a degli Stati membri»³. Tra le differenti idee che si confrontarono prima di giungere alla definitiva formulazione del testo costituzionale, vi erano quelle influenzate dall'autonomismo spagnolo⁴, rappresentate da Gaspare Ambrosini, e quelle invece ispirate al federalismo mitteleuropeo sostenute da Costantino Mortati⁵, passando per la concezione di regionalismo di Luigi Sturzo⁶ portata avanti da alcuni Costituenti⁷. Per quest'ultimo, in particolare, *Regione* ed *autonomia* erano due con-

³ Così G. AMBROSINI, *Lo Stato regionale: tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale, caratterizzato dall'autonomia regionale*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 2, 1933; ora anche in Id. *L'ordinamento regionale. La riforma regionale nella Costituzione italiana*, in F. TERESI (a cura di), *Scritti scelti*, Palermo, 2000, 256ss. L'A. sottolineava, inoltre, come la dottrina faticava a considerare il regionalismo come un terzo tipo di Stato da affiancare a quello unitario e quello federale.

⁴ Ci si rifaceva al modello definito, attraverso una metafora, "vassoio dei formaggi" (*tabla de quesos*), secondo il quale viene elencata una serie di materie dal quale ogni comunità autonoma può attingere, configurando quindi un modello dove ogni autonomia territoriale esercita funzioni su materie diverse (differenziate); tale modello nacque nella II repubblica spagnola e successivamente fu recepito nella Costituzione del 1978 (cfr. A. D'ATENA, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali*, in *Rivista AIC*, 4/2024). Sul principio autonomista spagnolo v., tra gli altri, F.J. GARCIA ROCA, *El principio de voluntariedad autonómica: teoría y realidad constitucionales*, in *Revista de Derecho político*, 21/1984, 111ss.

⁵ Fa riferimento alla contrapposizione tra queste due idee nel dibattito costituente A. D'ATENA, *Passato, presente...*, cit. 5; Id. A. D'ATENA, *Tra Spagna e Germania. I modelli storici del regionalismo italiano*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo. Contributo allo studio della crisi della forma di Stato in Italia*, Milano 2012. Una ricostruzione delle posizioni ideologiche e politiche contrapposte sul tema U. DE SIERVO, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituente*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, I, Milano, 2012 51 ss.

⁶ Sulle comunanze di vedute tra Sturzo e Ambrosini, ed il loro ruolo nella definizione del regionalismo italiano v. N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle regioni*, Milano, 1998.

⁷ Sull'influenza di Luigi Sturzo in Assemblea costituente v. U. DE SIERVO, *Sturzo e la realizzazione delle Regioni*, in *Il Politico*, 1/1989, 43ss. Una ricostruzione del suo pensiero alla luce del più recente dibattito in tema di regioni in L. D'ANDREA, *Regionalismo differenziato e meridionalismo, alla luce del pensiero di Sturzo: brevi note*, in *Diritti Regionali*, 2/2019.

cetti indissolubili e contrapposti al centralismo⁸ dello Stato, idea che sembrava essere prevalente nella dottrina e nella classe politica di quel momento storico⁹.

Ciò che infine sembrò emergere, nei fatti, è un modello confuso, che provando a tener conto delle differenti ed autorevoli proposte ha finito per rivelarsi quello che è stato definito *regionalismo senza modello*¹⁰.

Nonostante le difficoltà di delineare le coordinate di un modello confuso ed in perenne transizione, si può affermare che l'elemento caratterizzante del regionalismo italiano è la presenza delle cinque regioni speciali a fianco di quelle ordinarie¹¹. Vi è, infatti, chi ha definito l'autonomia speciale "madre del regionalismo"¹², poiché è attraverso il riconoscimento degli statuti speciali che la Costituzione ha risposto alle spinte indipendentiste ed alle forti identità culturali-territoriali che reclamavano maggiore riconoscimento. È possibile finanche affermare che l'elaborazione e l'approvazione dello Statuto speciale della Sicilia¹³ prima della Costituzione

⁸ Centralismo dello Stato non è un sinonimo di unità dello stato, concetto che non può ritenersi in conflitto con quello di *autonomia*, poiché nel nostro sistema costituzionale costituiscono due volti dello stesso ordinamento (A. RUGGERI, G. VERDE, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, Torino, 2012, 17). Sul concetto di autonomia, su tutti, SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, ed.1983, 14ss. Una ulteriore differenza/contrapposizione è quella, invece, tra sovranità ed autonomia regionale, v. A. RUGGERI, *Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell'emergenza (prime notazioni)*, in *Nuove Autonomia*, 1/2021, 113ss).

⁹ Cfr. A. PIRAINO, *Il regionalismo di Luigi Sturzo*, in *Federalismi.it*, 17 marzo 2010.

¹⁰ «Occorre anzitutto constatare il difetto, nella nostra Costituzione, di una chiara scelta fra i tre grandi modelli di regionalismo storicamente affermatosi» (così M. LUCIANI, *Il non modello costituzionale di regionalismo*, in *Democrazia e Diritto*, 1/2023, 89ss); concetto già espresso in Id. *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 5/1994. Della stessa idea chi ha scritto di "regioni senza regionalismo" (G. PASTORI, *Le regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, 2/19080, 204ss).

¹¹ Una sintesi sulla nascita delle regioni a Statuto speciale in P. GIANGASPERO, *La nascita delle Regioni speciali*, in S. MANGIAMELLI (a cura di), *Il regionalismo italiano*, cit. 125 ss.

¹² A. D'ATENA, *La specialità regionale tra deroga ed omologazione*, in *Italian papers on federalism*, 1-2/2016. Nello stesso senso chi ha ritenuto la specialità regionale un caposaldo dell'architettura repubblicana, tra gli altri, S. LABRIOLA, *Il principio di specialità nel regionalismo italiano*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in senso federale. Il punto di vista delle autonomie speciali*, in *Rass. parl.*, 1997, 336 ss., spec. 338 e 350 s.; V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, vol. I. Bologna, 1997, 112; G.M. SALERNO (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, 2003, 311 ss.

¹³ Approvato dalla Consulta regionale siciliana il 23 dicembre 1945, successivamente

repubblicana, abbia rappresentato un «laboratorio politico-costituzionale» che ha consentito il sorgere del convincimento di poter riconoscere le autonomie speciali nel nuovo ordinamento¹⁴.

Tuttavia, l'importanza della specialità è sembrata essersi fermata in questa fase, poiché negli anni si è verificato un concreto scollamento¹⁵ tra la concreta evoluzione dell'ordinamento e il disegno originario¹⁶ che rispondeva alle esigenze del tempo e che non ha prodotto un reale cambiamento¹⁷.

A tali considerazioni bisogna aggiungere che la specialità non costituisce un unico *genus* contrapposto a quello regioni ordinarie, poiché mentre queste ultime sono soggette ad una unica disciplina costituzionale, gli statuti speciali rappresentano ciascuno un modello a sé stante¹⁸, circostanza che ha loro impedito di costruire un fronte compatto per dialogare con lo Stato centrale al fine di adeguare gli statuti ai mutamenti che hanno caratterizzato la Repubblica¹⁹.

approvato con regio decreto legislativo n.455 del 15 maggio 1946 e, entrata in vigore la Costituzione, convertito con legge costituzionale 2 del 1948.

¹⁴ Cfr. G. VERDE, *Quale futuro per l'autonomia speciale della Regione siciliana?*, in *Federalismi. it*, 16/2016, 1.

¹⁵ «Vistoso scollamento riscontratosi tra un modello costituzionale con nobiltà di intenti ma anche con non celata ingenuità disegnato nelle sue linee essenziali e la sua effettiva, complessiva realizzazione» (così A. RUGGERI, *La specialità regionale: dalle sofferenze e non gratificanti esperienze del passato (e del presente) una lezione da mettere a frutto nella ricerca di una nuova e qualificante identità*, in *Diritti Regionali*, 3/2020, 505, 511).

¹⁶ La «presunta fondamentalità» della specialità non ha mai dato luogo ad una rivalutazione del suo significato (cfr. V. TEOTONICO, *La specialità e la crisi del regionalismo*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 1).

¹⁷ Lo Statuto siciliano contempla istituti obsoleti o completamente inattuati, il che ci consegna un documento con valenza storica che ci narra del senso che l'autonomia aveva nel 1946 (cfr. G. VERDE, *Le trasformazioni dello Stato regionale. Spunti per una ricerca*, Napoli, 2022, 42).

¹⁸ G. DEMURO, I. RUGGIU, *Regioni speciali: una visione d'insieme*, in L. VANDELLI (a cura di), *Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, Bologna, 2012, 39; «in altre parole, nel *genus* delle Regioni a Statuto speciale (...) ciascuna esperienza regionale costituisce una *species*» (così G. MOBILIO, *Differenziazione e specialità nella incerta evoluzione del regionalismo italiano*, in *Gruppo di Pisa*, 3, 2020, 196).

¹⁹ Probabilmente a causa della origine pattizia degli statuti e delle peculiarità territoriali si sono sempre relazionate singolarmente con lo Stato (cfr. E. CHELI, *Prospettive attuali nei rapporti tra Regioni con speciale autonomia e Regioni ordinarie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 241).

Tralasciando in questa sede l'esame della attribuzione di competenze legislative e regolamentari tra le due tipologie di regioni, e l'analisi nel dettaglio dei numerosi interventi legislativi susseguitisi nel tempo, si tenterà di osservare come la perenne transitorietà dell'ordinamento regionale impedisce di rispondere alla domanda di fondo, ovvero quali siano i caratteri del tipo di Stato italiano e quale sia (se vi è ancora) il ruolo della specialità regionale nell'ordinamento. Ciò allo scopo di evidenziare come non si possa più rinviare una (ulteriore) riforma del Titolo V che superi il disegno originario e si adatti alle esigenze concrete dei territori, senza condurre a limitanti ripartizioni di competenze frutto di interessi contingenti che rischiano di minare l'unità nazionale attraverso un *uso congiunturale*²⁰ delle autonomie.

1.1. *Il vano inseguimento di una identità speciale*

Il regionalismo italiano, a prova della perenne transitorietà del sistema, può essere suddiviso in diverse fasi caratterizzate da continue trasformazioni che hanno in comune la mancata valorizzazione delle regioni speciali. Queste ultime, infatti, complice l'inattuazione di diverse parti fondamentali dei rispettivi statuti, sono state veramente "speciali" solo fino al momento in cui sono venute alla luce le regioni ordinarie²¹, rimaste a lungo previste solo dalla Carta costituzionale ma mai veramente entrate in funzione. In questa prima fase, dal 1948 agli anni 1970, il disegno regionalista della Costituente non solo è rimasto lettera morta, ma il legislatore ha mostrato una tendenza fortemente centralistica volta a ridimensionare ulteriormente il ruolo delle regioni²².

²⁰ Ossia la tendenza di "usare" l'autonomia come mezzo di esercizio di dominio politico (A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 114, 116). Espressione che si ispira al concetto di "uso congiunturale della Costituzione" che descrive la prassi di proporre riforme costituzionali volte a piegare il testo della legge fondamentale alle specifiche esigenze delle maggioranze politiche di turno. A. RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 9 luglio 2001; E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2003, 147 ss.

²¹ È necessario specificare che tra le regioni speciali, il Friuli-Venezia Giulia venne istituito soltanto nel 1963. Inoltre, l'organo che avrebbe eventualmente dovuto, tra le altre competenze, giudicare sui conflitti tra Stato e Regioni, la Corte costituzionale, è stata istituita dopo la legge 87 del 1953 e ha iniziato ad operare nel 1956.

²² Tendenza rappresentata dalla legge 10 febbraio 1953 n.62 su "Costituzione e

L'«ibernazione ventennale»²³ dell'architettura territoriale dello Stato ebbe fine con una serie di interventi legislativi²⁴ culminati il DPR 616 del 1977²⁵, che seguiva di pochi anni le prime elezioni dei consigli regionali ordinari²⁶, e che prevedeva il trasferimento di funzioni amministrative a regioni ed enti locali.

Questa seconda fase, però, non si limitava a dare finalmente forma alle regioni ordinarie, ma si spingeva ad invertire il modello costituzionale, rendendo le regioni di diritto comune il vero traino del regionalismo e «più speciali delle speciali»²⁷.

funzionamento degli organi regionali», la cd. *Legge Scelba*; questa legge ha mostrato la preoccupazione, nel dibattito parlamentare, per le ancora nascenti autonomie regionali (cfr. A.M. POGGI, *Perché abbiamo bisogno delle Regioni*, in *Federalismi.it*, 5/2020, IV, V). Esempio concreto è stato l'art.9 della legge *Scelba* che subordinava l'esercizio della potestà legislativa delle Regioni a statuto ordinario alla previa emanazione da parte dello Stato delle «leggi cornice», ad eccezione di alcune materie; infatti, la Corte costituzionale, con sentenza 39/1971 ha dichiarato l'illegittimità del suddetto articolo, nonostante nelle more la legge fosse stata abrogata, in quanto in quanto «l'esercizio delle potestà legislative regionali rischiava di essere procrastinato sine die», restando «rimesso alla mera discrezione del legislatore statale» (sul punto C. SAGONE, *La specialità regionale: verso un ineluttabile declino o prospettive di un nuovo inizio?*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, C. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Torino, 2020, 832, 839). Aspra critica alla legge 63 del 1953 in M.S. GIANNINI, *Del lavare la testa all'asino*, in A. BARBERA, F. BASSANINI (a cura di), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, Bologna 1978, 8; l'A. qui sosteneva che la Legge Scelba «accentuò in modo, si direbbe, sadico, caricando quelle parti per cui la regione era un comune gigante, attenuando quelle per cui poteva divenire un ente politico rappresentativo di gruppi propri». Una ricostruzione delle critiche di Giannini alle evoluzioni del regionalismo in S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Italian papers on federalism*, 1/2020, 35ss.

²³ Così definita da A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo*, Torino, 2016, 7. Concetti già espressi in una prima ricostruzione della storia del regionalismo in Id. *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, 1994.

²⁴ Tra i quali la legge n. 281 del 1970; i DPR nn. 1-11 del 1972; la legge n. 382 del 1975.

²⁵ In attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382, *Norme sull'ordinamento regionale e sulla organizzazione della pubblica amministrazione*.

²⁶ A seguito della legge 17 febbraio 1968 n.108, *Norme per la elezione dei consigli regionali delle regioni a statuto normale*. Per questi motivi vi è chi sostiene che il «primo regionalismo» è quello che va dal 1970 al 2001, v. L. DURST, *L'organizzazione territoriale in Italia tra regionalismo e autonomia differenziata: un percorso degli ultimi venti anni*, in *Nomos*, 3/2024, 7.

²⁷ Ovvero, in altre parole, «più speciali le regioni ordinarie e più ordinarie le regioni speciali» (così F. PALERMO, *Federalismo fiscale e regioni a statuto speciale, Vecchi nodi vengono al*

Ciò perché, come autorevole dottrina ha segnalato, venivano affidate alle regioni competenze ulteriori rispetto alla Costituzione, in quanto attribuite ben oltre quanto stabilito dall'art.117²⁸. In questo senso, volendo sottolineare anche il dato letterale, nel testo del decreto 616/1977 si legge esplicitamente che il termine “Regione” veniva adoperato come sinonimo di Regione ordinaria²⁹. Tali ulteriori funzioni³⁰ affidate alle regioni di diritto comune hanno spinto le regioni speciali ad un primo inseguimento delle prime, attraverso una serie di norme di attuazione degli statuti speciali “fotocopia” del contenuto del decreto 616³¹.

Seguendo questa linea, seppur con qualche anno di distanza, si è arrivati ad un riordino dell'organizzazione amministrativa di Stato, Regioni ed enti locali attraverso la ben nota legge Bassanini del 1997³². La legge delega “per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali,

pettine, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2012, 9, 10); qui l'A. analizza la tendenza ad invertire i ruoli tra i due *genus* delle Regioni che ha caratterizzato un quindicennio di interventi a partire dalla legge Bassanini. Per un quadro sul DPR 617/1977 e gli atti normativi conseguenti v., tra gli altri, A. BARONI, *Il rapporto tra Regioni ordinarie e Regioni speciali; la “rincorsa” sul terreno delle funzioni amministrative dopo la riforma del titolo V*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano*, cit., II, 769ss.

²⁸ Una forte critica alle nuove competenze date alle regioni ordinarie con il decreto 616/1977, con una paventata illegittimità costituzionale, fornita da A. D'ATENA, *La parabola delle autonomie speciali*, in AA.VV., *La Sicilia e le altre Regioni a Statuto speciale davanti ai problemi delle autonomie differenziate* (Atti del Convegno organizzato a Palermo nei giorni 6-7 maggio 1983 dall'Assemblea Regionale Siciliana), Palermo, 1984; Id. *La specialità regionale*, cit.; Id. D'ATENA, *Il completamento dell'ordinamento regionale. Profili di costituzionalità del decreto 616 del 1977*, in *Diritto e società*, 1978.

²⁹ A. D'ATENA, *Passato, presente...*, cit., 9.

³⁰ Tra le quali, a titolo esemplificativo, le funzioni amministrative «concernenti la protezione delle bellezze naturali per quanto attiene alla loro individuazione, alla loro tutela e alle relative sanzioni», ai sensi dell'art.82 DPR 616/77.

³¹ Con un conseguente “appiattimento delle speciali sulle ordinarie (cfr.M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfide all'uniforme regionalismo italiano*, in *Gruppo di Pisa*, Atti del Convegno di Trento 18-19.09.2020, 120, 136).

³² Legge 15 marzo 1997 n.59. Una analisi della cd. *Riforma Bassanini* in M. CLARICH, *Funzioni amministrative e autonomie territoriali dopo le leggi Bassanini*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/1998. La legge si fondava sul principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale, e sulla base di esso «per la prima volta nella storia dell'ordinamento amministrativo italiano, le funzioni statali vengono confinate all'interno di un elenco tassativo (art. 1, c. 3), mentre per tutte le altre scatta il principio del conferimento o trasferimento alle regioni e agli enti locali» (M. CECCHETTI, *Federalismo fiscale e federalismo amministrativo*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 1/2012, 105, 107.

per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa”, istituì, di fatto, un federalismo amministrativo a “Costituzione invariata”³³. La riforma si innestava in un contesto storico-politico nel quale si acuivano le istanze federaliste di alcune regioni, grazie al sostegno di partiti a chiara vocazione territoriale (se non secessionista), circostanza che non si conciliava con la necessità di effettuare riforme in nome dell’unità di una Repubblica, impegnata ancora a superare la “questione meridionale”³⁴.

La tendenza federalista avviata con la legge *Bassanini* ha ulteriormente aumentato il distacco³⁵ tra le regioni ordinarie e quelle speciali, ancora una volta a svantaggio delle seconde³⁶. Il passo più concreto verso un federalismo che non tiene conto delle specialità si è realizzato, però, nella fase successiva.

³³ La riforma superava la «tradizionale interpretazione dell’art.118 Cost. fondata sul principio secondo il quale, ad eccezione delle funzioni amministrative di competenza regionale per le materie elencate nell’art. 117 Cost., per quelle delegate alle Regioni dallo Stato e ancora per quelle di interesse esclusivamente locale, ogni altra funzione amministrativa spettava allo Stato, per affermare un modello (compiutamente da definire, attraverso l’adozione di decreti legislativi), caratterizzato dal “conferimento”, vale a dire, come precisa la stessa legge all’art. 1 , dal trasferimento, la delega o l’attribuzione di tutte le funzioni e compiti amministrativi alle regioni e agli enti locali, fatte salve quelle riservate in via esclusiva allo Stato dall’art. 1 , III comma» (così G. D’IGNAZIO, G. MOSCHELLA, *Il federalismo amministrativo in Italia tra principi ed attuazione regionale*, in *Civitas Europa*, 4/2000, 99ss).

³⁴ Sul punto v., tra gli altri, L. CHIEFFI, *Sviluppo del sistema delle autonomie e questione meridionale*, in *Rivista AIC* n. 1/2021, G. FERRAILOLO, *Il regionalismo italiano tra tecnica e spirito*, in *federalismi.it*, n. 25/2021. Alla questione meridionale si affiancava – seppur con origini storiche e consistenza sociale ben diversa – la cd. questione settentrionale (cfr. L. DURST, *L’organizzazione territoriale*, cit., 8). Su quest’ultima v. M. DOGLIANI, *Questione settentrionale Costituzione*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2012.

³⁵ P. CIARLO, «Federalismo amministrativo» e Regioni speciali, in *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 129 ss. *Civitas Europa*, 4/2020, 99ss.

³⁶ A. COINU, G. DEMURO, *Regioni a statuto speciale e clausola di adeguamento automatico*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 6/2002, 101, 102.

2. *La riforma del Titolo V. Tra il centralismo di fatto e la clausola di maggior favore*

La terza fase del regionalismo italiano nasce da una riforma organica che opera finalmente sul testo Costituzionale, avvenuta, come è noto, con le leggi costituzionali 1/1999³⁷, 2/2001³⁸ e soprattutto la legge n.3 del 2001³⁹. Con le prime due si è consentito alle regioni di poter decidere sulla propria forma di governo per superare il problema della instabilità degli esecutivi regionali⁴⁰, agendo parallelamente, con due leggi costituzionali, nell'interesse di tutte le regioni⁴¹.

Il punto cardine dell'intervento di riforma è stato, come noto, la legge costituzionale 3/2001 che ha modificato in modo sostanziale il Titolo V; tuttavia, anche stavolta, si ponevano al centro dell'intervento legislativo le regioni ordinarie, come evidenziato dalla riscrittura, in senso opposto all'originaria formulazione, dell'art.117 Cost.

Un elemento di sicuro pregio del nuovo impianto normativo è dato dal tentativo di rilanciare le sorti del regionalismo attraverso la riafferma-

³⁷ Legge costituzionale 22 novembre 1999, n.1 "Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni". Un commento successivo di qualche anno all'approvazione della legge cost. 1/2001 in M. OLIVETTI, *La legge costituzionale 1 del 1999 dieci anni dopo*, in *Federalismi.it*, 2/2009.

³⁸ Legge costituzionale 31 gennaio 2001, n.2 "Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei presidenti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano". Un commento, in relazione alla "parabola" discendente della specialità regionale in F. PALERMO, *La riforma di governo regionale a vent'anni dalla riforma: cosa resta della specialità?*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2/2020, 1063.

³⁹ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n.3, "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione". Uno dei primi ed autorevoli commenti alla riforma in A. BARBERA, *Il nuovo Titolo V e la trilogia di Italo Calvino*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, 3/4, 453.

⁴⁰ S. VASSALLO, G. BALDINI, *Sistemi di partito, forma di governo e politica delle istituzioni nelle regioni italiane*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4/2000, 533.

⁴¹ Anche in merito a ciò, tuttavia, non sono mancate critiche che hanno sottolineato come anche questa riforma abbia ridotto la specialità perché «se per le Regioni ordinarie l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente poteva almeno rappresentare un'occasione di crescita del peso politico delle Regioni (o solo dei rispettivi presidenti), l'acquiescenza verso questo passaggio da parte delle Regioni a statuto speciale ha rappresentato un forte livellamento rispetto alle Regioni ordinarie e quindi una consapevole riduzione della specialità» (così F. PALERMO, *La riforma di governo regionale*, cit., 1168).

zione delle disposizioni della Costituzione⁴² e, quindi, dando copertura costituzionale a quelle previsioni che avevano introdotto un federalismo amministrativo a “Costituzione invariata”. Inoltre, le nuove esigenze poste dall’integrazione comunitaria, soprattutto dopo una crisi economica e politica, avrebbero potuto essere più adeguatamente affrontate attraverso un ruolo attivo delle regioni⁴³.

Pur se con queste buone intenzioni – e tralasciando i citati orientamenti politici territoriali che hanno condizionato il legislatore costituzionale del 2001 – sono nel tempo emersi diversi punti critici. Un primo aspetto attiene alla mancata esplicitazione in Costituzione di un regionalismo “cooperativo”, ossia quello fondato sulla integrazione delle competenze tra Stato e regioni, e sul loro esercizio in forma collaborativa; è sembrato essere invece rafforzato, e non superato, il regionalismo “duale” basato sulla separazione/contrapposizione tra centro e periferia, modello già fallito negli Stati federali che lo avevano per primi attuato⁴⁴.

Altra criticità è rappresentata dalla presenza delle cd. *materie trasversali* (o *materie-non materie*)⁴⁵ tra quelle affidate alla potestà esclusiva dello Stato ex art.117.2 Cost.; tale categoria di materie ha notevolmente ridotto gli ambiti di applicazione della potestà (residuale) regionale, con conseguenze sul piano dell’incremento del contenzioso costituzionale⁴⁶, muovendosi

⁴² Cfr. U. DE SIERVO, *Il regionalismo italiano fra i limiti della riforma del Titolo V e la sua mancata attuazione*, relazione al Seminario su “Cooperazione e competizione fra Enti territoriali: modelli comunitari e disegno federale italiano”, Roma 18 giugno 2007, in <http://www.issirfa.cnr.it/4173,908.html>.

⁴³ Sulle motivazioni storiche che hanno spinto il legislatore a questa riforma e le conseguenti questioni sul piano delle fonti v. S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Italian papers on federalism*, 1/2020. Autorevole analisi della riforma sul piano dei rapporti interni alla Repubblica e con l’Unione Europea in B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002.

⁴⁴ Quadro aggravato dal venir meno della clausola dell’interesse nazionale e della mancata previsione di un meccanismo che avrebbe consentito una maggiore flessibilità nella ripartizione delle competenze sul modello della *Konkurrierende Gesetzgebung* tedesca. (v. A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo “duale”*, in Atti del Convegno AIC “Il nuovo titolo V della parte II della Costituzione – Primi problemi della sua attuazione” – Bologna 14/01/2002, in *associazione deicostituzionalisti.it*.

⁴⁵ Una evoluzione sul tema delle materie trasversali in M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive delle materie trasversali, tra tentativi di stabilizzazione e prospettive di involuzione*, in *Federalismi.it*, 20/2022, 17ss.

⁴⁶ Sulla giurisprudenza costituzionale in merito alla ripartizione di competenze

in una direzione opposta rispetto all'idea federalista della riforma, contribuendo di fatto ad un rinnovato centralismo⁴⁷. Dall'interpretazione di questa disposizione da parte della Corte costituzionale è giunta la scelta "discutibile" di legittimare la Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità di leggi regionali vigenti per violazione dei principi posti a tutela degli equilibri economico-finanziari non dedotte dal Governo in sede di giudizio di costituzionalità in via principale, ridimensionando ancora una volta il ruolo delle regioni⁴⁸.

Tornando al tema della presente indagine, e quindi alla posizione delle regioni speciali nel tipo di Stato, vi sono altri elementi del nuovo Titolo V che assumono rilievo.

Una prima considerazione attiene alla stessa formulazione dell'art.116 Cost. Dalla lettura della disposizione potrebbe desumersi la volontà di riaffermare la specialità data la mancata modifica del comma I, secondo cui le regioni speciali «dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale»; tuttavia, come verrà approfondito di seguito, il terzo comma, aggiunto dalla legge costituzionale 3/20011, ha previsto che «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119». Secondo certa dottrina, poichè il conseguimento di *ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia* sarebbe un passaggio eventuale e facoltativo, non verrebbe intaccata la specialità, ma ciò non impedisce che altre regioni ordinarie possono dive-

tra Stato e Regioni v. R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e regioni 2001-2014*, Napoli, 2015. Ulteriore elemento che ha alimentato il contenzioso è costituito dalla modifica dell'art.127 Cost., avvenuta anch'essa con la legge cost. 3/2001, che ha stabilito l'eliminazione del controllo preventivo del Governo sui bilanci delle regioni.

⁴⁷ Cfr. S. MANGIAMELI, *Il riparto*, cit., 10.

⁴⁸ *Ex multis* sentenze Corte costituzionale nn.181 del 2015 e 196 del 2018. Sul punto v., R. BIN, *Zone d'ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico (note brevissime a Corte cost. 196/2018)*, in *Le Regioni*, 1/2019, 15 ss; E. CAVASINO, *Controllo contabile e controllo di costituzionalità delle leggi: una diversa prospettiva sul giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, 39.

nire sostanzialmente qualcosa di diverso rispetto a quanto originariamente previste del disegno della Costituente⁴⁹. Se si analizza questo insieme alla nuova ripartizione di competenze riferita alle sole regioni ordinarie, appare evidente che il legislatore del tempo non abbia meditato abbastanza sul ruolo della specialità⁵⁰.

Fino alla attuazione del comma III dell'art.116 Cost., il punto più controverso atteneva alla cd.*clausola di maggior favore*, introdotta dall'art.10 della legge cost.3/2001. Essa potrebbe essere considerata l'emblema dell'inseguimento, paradossale⁵¹, delle regioni speciali nei confronti di quelle ordinarie, le quali continuano ad essere il traino del regionalismo italiano. La disposizione in questione prevede che «sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite». Questa stesura «probabilmente

⁴⁹ Nel senso di ritenere confermata e valorizzata la specialità nonostante la differenziazione A. DESSI, *Cinque anni dopo la riforma del Titolo V: quale futuro per le specialità storiche?*, Atti del Convegno AIC “Il nuovo titolo V della parte II della Costituzione – Primi problemi della sua attuazione” – Bologna 14/01/2002, in *associazioneconstituzionalisti.it*. L'A. qui afferma che la specialità viene garantita dalla legge costituzionale di approvazione dei Statuti a differenza della legge ordinaria per ottenere la differenziazione; tuttavia, dato anche il dato storico della difficoltà ad attuare e/o modificare gli statuti speciali, il fatto che le ulteriori forme di autonomia si ottengano con legge ordinarie rende il procedimento più agevole.

⁵⁰ In questo senso A. D'ATENA, *Dove va l'autonomia speciale? Prime riflessioni sulle tendenze evolutive in atto (con particolare riguardo alla Sardegna e alla Valle d'Aosta)*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 210 A. RUGGERI, *Prospettive di una specialità diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove autonomie*, 6/2000, 845 ss. Si è avuta l'impressione che «le Regioni cosiddette speciali abbiano perso la loro specialità e che questa si stia trasferendo alle Regioni ordinarie» e che la riforma del Titolo V non ha neanche provato a dare una risposta all'interrogativo sulla attualità di un ruolo per le cinque regioni speciali (T.E. FROSINI, *La differenziazione regionale nel regionalismo differenziato*, in *associazioneconstituzionalisti.it*) *Contra* G. DEMURO, *Regioni ordinarie e regioni speciali*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, 49 s., il quale ritiene che il legislatore della revisione abbia voluto rafforzare la specialità, intendendola «come qualcosa in più sia rispetto al passato [...] sia per il futuro», e, così, «lanciare una scommessa [...] sulla validità costituzionale di differenziare tra soggettività regionali».

⁵¹ Cfr. G. VERDE, *Le trasformazioni*, cit., 46.

infelice»⁵² e confusa⁵³ non ha fatto altro che formalizzare una perenne transitorietà⁵⁴ ed incertezza nel sistema regionale, considerata anche la nota difficoltà delle regioni speciali ad aggiornare i propri statuti in tal senso.

L'introduzione della clausola di "adeguamento automatico", per alcuni, è stato un tentativo di attenuare gli effetti del divario tra regioni ordinarie e speciali prodotto dalla legge Bassanini⁵⁵, ma nei fatti ha ulteriormente ingarbugliato il sistema e, sicuramente, non giovato al regime della specialità per diverse ragioni⁵⁶. Infatti, oltre a non aver risolto la parabola discendente della specialità, non ha, tutt'oggi, spinto ad una revisione degli statuti speciali ai quali le regioni rimangono, per così dire, inchiodate⁵⁷, cercando ancora di raggiungere le prerogative delle regioni ordinarie, grazie anche ad una giurisprudenza costituzionale favorevole. È proprio questo, in particolare, l'elemento centrale della *clausola di maggior favore*, cioè il fatto che essa non opera in modo diretto ma necessita di una operazione interpretativa ad "altissima discrezionalità"⁵⁸. La Corte costi-

⁵² Così P. GIANGASPERO, *La transitorietà infinita: l'applicazione della clausola di maggior favore a quasi 20 anni dalla sua entrata in vigore*, in *Le Regioni*, 3/2019, 869, 872.

⁵³ «alquanto ambigua e confusa» (F. TERESI, *Considerazioni estemporanee a proposito dell'«adeguamento automatico» degli statuti speciali a termini dell'art. 10 della legge costituzionale di modifica del Titolo V della Costituzione*, in *forumcostituzionale.it*, 10 dicembre 2001).

⁵⁴ Tale clausola sarebbe un «elemento spurio, un corpo estraneo ed inconciliabile con l'autonomia differenziata [...] non fa altro che alimentare quella situazione di incertezza e transitorietà» (così A. RUGGERI, *Il senso della specialità e la vicenda dell'autonomia siciliana (dalle esperienze del passato una lezione per l'avvenire)*, in *Nuove autonomie*, 1/2022, 61, 76).

⁵⁵ Tra gli altri, F. SALVIA, *Autonomie speciali e altre forme di autonomia differenziata*, in *Diritto e società*, 2002, 458, 459; A. COINU, G. DEMURO, *Regioni a statuto speciale*, cit.; la clausola di maggior favore è stata anche finita "soluzione-tampone" in A. RUGGERI, *Il senso della specialità*, 74.

⁵⁶ Una critica all'art.10 della legge cost. 3/2001 in A.M. POGGI, *Le funzioni legislative e amministrative nelle autonomie speciali, tra vecchie e nuovi fonti e realtà effettiva*, in *Italian papers on federalism*, 1-2/2016, 1, 13ss;

⁵⁷ G. VERDE, *Uniformità e specialità delle regioni*, in *Rivista AIC*, 4/2015, 13.

⁵⁸ Sul punto, tra gli altri, M. ARMANNI, *Il principio di sussidiarietà nelle Regioni speciali tra giurisprudenza costituzionale e possibili soluzioni interpretative*, in O. CHESSA, P. PINNA (a cura di), *La riforma della Regione speciale: dalla legge statutaria al nuovo statuto speciale*, Torino, 175 ss; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 268 ss; S. PAJNO, *L'«adeguamento automatico» degli statuti speciali*, in S. PAJNO, G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto. II. Le fonti delle autonomie territoriali*, Milano, 173 ss.

tuzionale ha elaborato, con non poche difficoltà, diversi criteri per capire in che modo attuare il meccanismo di adeguamento automatico derivante dall'applicazione della clausola, nonostante vi sia stato un tentativo chiarificatore da parte del legislatore⁵⁹. Non potendo qui richiamare la copiosa giurisprudenza costituzionale in merito e i diversi criteri via via adottati dalla Corte⁶⁰, è da evidenziare come l'applicazione dell'*adeguamento automatico* non abbia comportato un aumento delle attribuzioni per le regioni speciali, anche perché le “nuove” competenze da esse ottenute devono sottostare non solo ai limiti statutari ma a quelli che il Titolo V stabilisce per le regioni ordinarie⁶¹.

Anzi, al contrario, la clausola ha finito per divenire *di sfavore*⁶² quando è risultato (e non accadeva di rado) impossibile stabilire se vi fosse stata o meno una condizione più vantaggiosa⁶³, come accaduto con la sentenza 314 del 2003⁶⁴ relativa alla Regione Siciliana, ritenuta “non poco pregiudizievole per l'autonomia”⁶⁵.

⁵⁹ Con Part.11 della legge 5 giugno 2003, n.131 cd. *Legge La Loggia*. Sul punto G. PITRUZZELLA, *Regioni speciali e province autonome. Commento all'art. 11*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003*, n. 131, Bologna 2003, 213; P. GIANGASPERO, *La transitorietà infinita*, cit., 871ss.

⁶⁰ Tra i quali “divieto di trattamento deteriore”, “valutazione in concreto” o “non applicazione delle disposizioni di minor favore”. Si rinvia a M. ROSINI, *I 20 anni della “clausola di maggior favore”: un bilancio con riguardo allo statuto di autonomia del Trentino alto adige/Sudtirolo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2022, 93ss; A. RUGGERI, *Forma e sostanza dell'«adeguamento» degli statuti speciali alla riforma del Titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo)*, in *Le Regioni*, 2003, 357.

⁶¹ «La Corte, infatti, ha chiarito che quando le Regioni speciali fanno riferimento a materie appartenenti alla propria competenza esclusiva, si applicano i limiti, così come configurati dai loro Statuti (sent. n. 48 e 227 del 2003 e n. 62 del 2005), quando, invece si applica la clausola di maggior favore valgono i limiti previsti nel Titolo V, inclusi quelli che derivano dalle competenze statali esclusive in materie trasversali (sent. 274/ 2003; sent. n. 383/2005; sent. n. 134/2006)» (così A.M. POGGI, *Le funzioni legislative*, cit., 16).

⁶² I. RUGGIU, *Le nuove materie spettanti alle Regioni speciali in virtù dell'art.10, legge costituzionale 3/2001*, in *Le Regioni*, 5/2011, 775, 806.

⁶³ A.M. POGGI, *Le funzioni legislative*, cit., 16.

⁶⁴ Sentenza 313 del 13 ottobre 2003, sui ricorsi 23 e 28 del 2001 proposti dal Commissario dello Stato della Regione Siciliana prima della riforma del Titolo V. Un commento alla sentenza in C. PADULA, *L. cost. n. 3/2001 e statuti speciali: dal confronto fra norme al (mancato) confronto fra “sistemi”*, in *Le Regioni*, 2-3/2004, 682ss.

⁶⁵ È stata infatti definita “un pericoloso precedente”, il cui risultato è stato quello di «sbarrare le porte all'ingresso in Sicilia delle forme e condizioni più favorevoli per l'autonomia, ex art. 10 della legge di riforma (l'isolamento dell'isola è così assicurato...)»

In conclusione, la legge costituzionale 3/2001, attraverso la *clausola di adeguamento automatico* o di *maggior favore*, che avrebbe dovuto avere un effetto *ad tempus*⁶⁶, ha finito per introdurre un sistema che non solo ha costituzionalizzato la transitorietà dell'assetto regionale, ma lo ha fatto costringendo le regioni speciali a adeguare “a piacimento” i propri statuti senza modificarli attraverso leggi di rango costituzionale, in violazione dell'art.138 Cost⁶⁷.

3. *L'autonomia differenziata (tentata) e la decisione della Corte costituzionale n.192 del 2024*

Dopo ventitré anni dalla introduzione dell'art.116 Cost. comma III., il legislatore ha provveduto all'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario con la legge 26 giugno 2024, n.86⁶⁸. Questa legge è venuta alla luce dopo anni nei quali le regioni che più avrebbero voluto ottenere la differenziazione avevano già svolto dei *referendum* consultivi⁶⁹ e sottoscritto delle *pre-intese*, ossia atti tra il governo nazionale e le tre regioni (Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto) che avevano manifestato l'intenzione di far uso della procedura ex art. 116, III comma, Cost⁷⁰.

Le questioni relative all'attuazione di questa disposizione, ampiamente discusse in dottrina sin dalla fase preliminare alla approvazione della legge cd.*Calderoli*, sono molteplici e attengono, tra le altre, alla necessità

(A. RUGGERI, *Il controllo sulle leggi siciliane e il “bilanciamento” mancato (nota a Corte cost. n. 314 del 2003)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2003, 4.

⁶⁶ A. RUGGERI, *Il controllo sulle leggi*, cit.

⁶⁷ Così F. TERESI, *La inaspettata cristallizzazione del sistema di sindacato costituzionale delle leggi siciliane prevista dallo statuto speciale in una discutibile sentenza della Corte costituzionale. (nota a Corte cost. sent. N.314 del 2003)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2003.

⁶⁸ Una ricostruzione del processo che ha portato alla sua attuazione in S. MANGIAMELI, *Errori e mancata attuazione costituzionale. A proposito di regionalismo e regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 1/2025.

⁶⁹ 22 ottobre 2017 in Lombardia e Veneto, a seguito della sentenza della Corte costituzionale 118 del 2015 che ha autorizzato lo svolgimento di *referendum consultivi* a patto che essi non portassero ad una sovrapposizione ovvero ad un contrasto con il procedimento previsto dall'art.116.3 Cost.

⁷⁰ Sul punto L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, cost.*, in *Rivista AIC*, 4/2018, p. 319 ss.

di adottare una legge di attuazione costituzionale⁷¹, all'impatto sul sistema delle fonti⁷², ed alle diseguaglianze economiche e ai *livelli essenziali delle prestazioni sui diritti civili e sociali (LEP)*, la cui definizione è presupposto per procedere alla differenziazione⁷³; tuttavia, in merito all'oggetto del presente scritto, ciò che rileva maggiormente è l'impatto della legge 86 del 2024 sul regionalismo italiano⁷⁴.

Innanzitutto, occorre rilevare che, se alcune regioni accedessero all'*autonomia differenziata* si costituirebbe una architettura regionale con tre categorie di regioni: le regioni speciali, ognuna con le sue peculiarità derivanti dai diversi statuti, le regioni ordinarie disciplinate interamente dal Titolo V, e le regioni ordinarie differenziate ai sensi dell'art.116.3 Cost⁷⁵. In altre parole, si verrebbe ad incidere sull'«essenza dell'ordinamento costituzionale italiano, poiché consentendo un'attribuzione ulteriore di competenze alle Regioni ordinarie, si porrebbero le basi per una nuova (rispetto al modello del 1948) configurazione della Repubblica⁷⁶.

Questo “regionalismo confuso”⁷⁷, inoltre, è in gran parte frutto di

⁷¹ Autorevole dottrina, maggioritaria, ha negato tale esigenza, tra gli altri, B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino 2002, 144; M. CECCHETTI, *Attuazione della riforma costituzionale del titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune*, in *Federalismi.it*, 9/2002, 9. *Contra* F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»*, in *Le regioni*, 6/2001, 1164 ss; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art.116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007, 156.

⁷² Sul punto si rinvia, tra gli altri, a M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003, 156 ss.

⁷³ Tra gli altri, L. VIOLINI, *Livelli essenziali e regionalismo differenziato: riflettendo sui nessi tra l'art. 117, II comma, lett. m) e l'art. 116, III comma della Costituzione, alla luce dei lavori del CLEP*, in *Federalismi.it*, 21 febbraio 2024;

⁷⁴ Una completa analisi della cd. *autonomia differenziata* in Aa.Vv., *L'autonomia differenziata*, in *Nuove Autonomie*, fasc.spec. 1/2024.

⁷⁵ Unico elemento che accomuna le speciali con le differenziate sarebbe il fondamento Costituzionale all'art.116, le prime al comma I e le seconde al comma III, v. T. CERRUTI, *Regioni speciali e differenziate: verso una convergenza?*, in *Diritti Regionali*, 2/2019, 6, 9. L'A. qui sostiene che le speciali comunque manterrebbero una maggiore flessibilità sulle ulteriori competenze attribuibili poiché, a differenza delle regioni differenziate, non avrebbero il limite di alcune materie previste dall'art.117 Cost.

⁷⁶ Così R. BIFULCO, *I limiti al regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 260, 261.

⁷⁷ Così provocatoriamente G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art.116 comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019.

valutazioni politiche territoriali celate dietro proposte federaliste⁷⁸ che rischiano di segnare, in negativo, la *Questione meridionale*⁷⁹ non ancora risolta, che a propria volta incide sul disegno regionalista della Costituente e sulle sorti di alcune regioni speciali, segnatamente Sicilia e Sardegna.

Molte delle considerazioni svolte nel tempo circa i possibili effetti della legge 86 del 2024 sono state travolte dalla *storica*⁸⁰ sentenza della Corte costituzionale n.192 del 2024⁸¹.

Sono diversi i punti focali della decisione che, pur non avendo dichiarato l'illegittimità dell'intera di legge, ne ha di fatto svuotato l'impianto.

Uno dei pilastri del ragionamento della Corte è quello che attiene alla distinzione tra *materie* e *funzioni*; la Corte ha qui specificato come la differenziazione non può prevedere il conferimento di intere materie alle regioni «poiché il principio di sussidiarietà opera attraverso un giudizio di adeguatezza, esso non può che riferirsi a specifiche e ben determinate funzioni e non può riguardare intere materie», intendendosi per funzione l'«un insieme circoscritto di compiti omogenei affidati dalla norma giuridica ad un potere pubblico e definiti in relazione all'oggetto e/o alla finalità»⁸².

⁷⁸ «Il nuovo regionalismo [...] è nato per dividere, non per unire» e contiene venature secessioniste celate dietro le parole “federaliste” (così V. ONIDA, *Le cause profonde della crisi del regionalismo*, in *Le Regioni*, 4/2012, 791, 794.

⁷⁹ Lo stesso Gaspare Ambrosini legava le sorti del regionalismo alla questione meridionale (sul punto A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto Pubblico Europeo – rassegna online*, spec. 2/2019, 29; sul tema v. G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Bari-Roma, 2019; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta*, Napoli, 2019.

⁸⁰ Definibile “storica” per diversi motivi, sia per l'importanza della materia oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, sia per la indubbia rilevanza politica della stessa, sia per i numerosi precetti giuridici richiamati con autorevolezza (cfr. A. SPADARO, *La “quadratura del cerchio”...o della sent. cost. n. 192/2024*, in *Diritti Regionali*, 1/2025, 1). Commenti alla sentenza in L. VIOLINI, *Alcune considerazioni sulla sentenza nr. 192/2024 della Corte costituzionale*, in *lecostituzionaliste.it*, 17 dicembre 2024; A. SAIITA, *Quale futuro per l'autonomia differenziata? La risposta è nella sentenza n. 192 del 2024*, in *Federalismi.it*, 7 maggio 2025.

⁸¹ I principi in essa richiamati sono stati ulteriormente chiariti nella sentenza 10 del 2025 in tema di referendum abrogativo volto ad abrogare l'attuazione dell'autonomia differenziata. Un commento alla sentenza in E. SANTORELLI, *L'inammissibilità del referendum sull'autonomia differenziata e il paternalismo costituzionale*, in *ConsultaOnline*, 1/2025, 375ss.

⁸² *Cons.dir.* 4. Si intende, invece, per materia «una gran quantità di funzioni eterogenee, per alcune delle quali l'attuazione del principio di sussidiarietà potrà portare

Per quanto attiene alle regioni speciali, invece, la legge di attuazione dell'art.116.3 Cost. prevedeva l'applicazione della *clausola di maggior favore*⁸³ anche a seguito dei processi di differenziazione, consentendo alle cinque regioni a statuto speciale di accedere a ulteriori forme di autonomia. Seppur, secondo alcuni, questa disposizione fosse l'unica “palesamente incostituzionale”⁸⁴, la dottrina era divisa sul punto⁸⁵, ma la Corte costituzionale ha dato ragione a chi ne sottolineava l'evidente contrasto con il dato letterale dell'art.116.3 Cost. che fa riferimento ad “altre regioni”, intendendosi come altre rispetto alle regioni speciali⁸⁶.

L'idea alla base di questa previsione però sembra essere la medesima che ha accomunato tutti i precedenti interventi legislativi, di rango costituzionale e non, ossia non tener conto delle regioni speciali e della difficoltà, spesso anche per motivi di carattere politico, di procedere alla revisione degli statuti, oltre che della volontà di lasciare il sistema regionale in una perenne transitorietà⁸⁷ nella quale le regioni speciali seguono le sorti di quelle ordinarie (o in futuro differenziate).

all'allocazione verso il livello più alto, mentre per altre sarà giustificabile lo spostamento ad un livello più vicino ai cittadini».

⁸³ Art. 11 comma 2 della l.86/2024.

⁸⁴ A. MORRONE, *Lo Stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *Giustiziainsieme.it*, 28 gennaio 2025.

⁸⁵ A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit.; I.A. NICOTRA, *Le Regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?*, in *Diritti Regionali*, 1/2019. Contra S. PAJNO, *L'“adeguamento automatico” degli statuti speciali*, in *www.federalismi.it*, 23/2008; T. CERRUTI, *Regioni speciali*, cit.

⁸⁶ Vi sarebbero anche motivazioni legate alla oggettiva complessità che deriverebbe dall'estensione a regioni speciali e province autonome di accedere ad ulteriori forme di autonomia, oltre al fatto che comporterebbe un ulteriore asimmetria nel modello regionalistico duale. (cfr. P. SCARLATTI, *Clausola di maggior favore e autonomia differenziata*, in *Diritti Regionali*, 1/2025, 111, 129). Sulla clausola di maggior favore nella argomentazione della Corte costituzionale v. G. Trenta, *Le ambiguità della clausola di maggior favore nell'evoluzione dell'autonomia regionale*, in *Nomos*, 2/2025.

⁸⁷ Transitorietà prevista dalla stessa legge *Calderoli*, che all'art.7 prevede che le *Intese* tra Stato e Regione che accede alla differenziazione non può avere una durata massima di dieci anni e che, salvo rinnovo tacito, può essere revocata. In questo ultimo caso avremmo una ulteriore modifica al riparto di competenze, fermo restando che vi sarebbero difficoltà pratiche a “tornare indietro” dalla differenziazione in termini pratici e politici. Circa la reversibilità, e non, della differenziazione v. A. RUGGERI, *La “specializzazione” dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2008, 40,

In sintesi, l'importanza della sentenza non sta tanto nella declaratoria di illegittimità delle singole disposizioni della legge sull'autonomia differenziata⁸⁸ – che pur hanno un impatto immediato su una rilevante scelta politica dell'attuale maggioranza – quanto nell'essersi occupata direttamente della forma di Stato repubblicana con una interpretazione organica e di sistema, cosa che non accadeva dalla sentenza, anch'essa storica, 303 del 2003⁸⁹, la cd. *sentenza Mezzanotte*.

Dalla lettura della decisione è possibile ricavare che, dichiarando l'incostituzionalità parziale della legge 86/2024, la Corte abbia sostanzialmente interpretato lo stesso art.116.3 Cost⁹⁰. Simile considerazione sembra confermata dalla stessa sentenza, al par.4 del *Considerato in diritto*, che recita «l'esame delle questioni richiede di procedere all'interpretazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., introdotto con la riforma costituzionale del 2001. Tale disposizione, che consente di superare l'uniformità nell'allocatione delle competenze al fine di valorizzare appieno le potenzialità insite nel regionalismo italiano, non può essere considerata come una

⁸⁸ Su “ciò che ne rimane” v. tra gli altri, G. DONATO, *Le cancellature della Corte costituzionale sull'autonomia differenziata: dalla monade al principio di sussidiarietà*, in *Diritti Regionali*, 1/2025, 31 ss. I punti da approfondire della pronuncia sono molteplici, tra i quali quello attinente alle modalità con le quali la legge oggetto di scrutinio di legittimità avrebbe tentato di dare attuazione alla disposizione costituzionale, sul punto *ex multis* S. BARTOLE, *Differenziazione e ordinamento regionale vivente*, in *Astrid Rassegna*, 1/2025, 1 ss.; altro elemento estremamente dibattuto sin dai lavori preparatori all'emanazione della l.86/2024 è quello relativo ai livelli essenziali delle prestazioni, per il quale si rinvia, tra gli altri, a G. COMAZZETTO, *I livelli essenziali delle prestazioni tra processi di differenziazione ed esigenze di eguaglianza*, Napoli, 2024; V.P. GROSSI, *Equilibri impossibili? Regionalismo differenziato e livelli essenziali delle prestazioni dopo la sentenza della Corte costituzionale, n. 192 del 2024*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2025, 173ss.

⁸⁹ Cfr. A. SAITTA, *Quale futuro*, cit., 2.

⁹⁰ Secondo alcuni è la disposizione costituzionale il “vero” oggetto della decisione, tanto da sostenere che attraverso di essa la Corte abbia riscritto il Titolo V, aggiungendo «siamo certi che il risultato ottenuto sia quello di una interpretazione sistematica? O, piuttosto, la Corte costituzionale ha riscritto i contenuti della forma di stato definiti dal nuovo Titolo V? Unità e pluralismo nella Costituzione scritta conducono alle conclusioni cui sono portati dalla decisione della Corte costituzionale?» (A. MORRONE, *Lo Stato regionale*, cit.). Sembra che questo fosse il vero “bersaglio” dei detrattori della legge in questione, intenti a far dichiarare l'illegittimità, non arrivata, della disposizione costituzionale sin dalla riforma del 2001 (cfr. A. RUGGERI, *Il regionalismo differenziato fa tappa presso la Consulta prima di riprendere il suo viaggio verso...l'ignoto*, in *Diritti Regionali*, 3/2024, 858ss).

monade isolata, ma deve essere collocata nel quadro complessivo della forma di Stato italiana, con cui va armonizzata».

Al di là delle diverse possibili considerazioni circa il disegno di regionalismo che emerge dalla sentenza in oggetto – che probabilmente avrà delle ripercussioni in successive pronunce oltre che sul legislatore – rimane un dato di fatto che, ad oltre un ventennio dalla revisione costituzionale, non vi sia ancora un chiaro modello di regionalismo, modello che presumibilmente subirà ulteriori stravolgimenti a causa della infelice formulazione del nuovo titolo V e delle oramai assenti ragioni storiche del dualismo previsto dai costituenti.

4. *Andare oltre il dualismo ordinarie/speciali e il bicameralismo perfetto*

Il quadro delineato così sinteticamente mostra come l'evoluzione del tipo di Stato italiano non sembra seguire una continuità logica, essendo passata da fasi di centralismo celate dietro interventi a favore delle regioni, fino a fasi indirizzate ad un federalismo che appare andare oltre il disegno dei Padri Costituenti.

Le evoluzioni dell'ordinamento repubblicano, alcune fisiologiche, altre dettate dalle contingenze politiche⁹¹, portano a chiedersi quanto rimanga delle motivazioni che hanno condotto alla distinzione tra regioni ordinarie e speciali. Se si ritiene che i tempi attuali richiedano un superamento di tale dualismo si aprono diversi possibili scenari.

Autorevoli costituzionalisti hanno sostenuto che la presenza delle regioni a statuto speciale sia un elemento imprescindibile della forma (/ tipo) di Stato e la loro messa in discussione minerebbe il patto costituyente⁹². Tuttavia, occorre chiedersi se forse, e l'analisi storica sembrerebbe confermarlo⁹³, la specialità non sia diventata sempre più un limite per le cinque regioni che ne “godono”, le quali necessiterebbero di una maggiore flessibilità che tenga comunque conto delle peculiarità di quei territori.

⁹¹ Ci si riferisce, nuovamente, all'uso congiunturale delle riforme, v. *supra*.

⁹² Cfr. G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, in www.cortecostituzionale.it, 26.05.2014. nello stesso senso A. FERRARA, *Riflessioni in punta di penna sul principio di specialità regionale*, in *Federalismi.it*, 3 dicembre 2008, 3.

⁹³ Pare superfluo argomentare circa l'insussistenza di gran parte di quelle ragioni storiche che hanno portato alla specialità regionale, sostituite da ragioni di carattere identitario anch'esse in crisi (cfr. T. CERRUTI, *Regioni speciali*, cit., 20).

Sulla autonomia differenziata, così come pensata dalla riforma del Titolo V, la Corte costituzionale ha già fornito, nella citata decisione n.192 del 2024, chiari confini entro cui muoversi, ma si potrebbe pensare a strade diverse che modifichino, stavolta in modo chiaro e non transitorio, l'assetto territoriale delineato dalla Costituzione.

Negli anni è stata proposta a più riprese, nonostante il debole accoglimento in dottrina, l'idea di una *specialità diffusa*⁹⁴. Secondo questa teoria bisognerebbe abbandonare il dualismo e far sì che ogni regione possa contrattare con lo Stato al fine di attingere ad un "paniere" di funzioni⁹⁵, escludendo alcuni ambiti lasciati allo Stato ed evitando che le materie concorrenti possano creare confusione nel sistema delle competenze⁹⁶.

Una siffatta soluzione dovrebbe realizzarsi in modo graduale e attraverso un dialogo alla pari tra Stato e Regioni, in modo che sia frutto delle reali esigenze ed esperienze regionali⁹⁷.

Se una strada di questo tipo appare quasi inevitabile, vista la convergenza tra le due categorie di regioni, non sarebbe comunque sufficiente a stabilizzare il sistema e risolvere il *peccato originale* del tipo di Stato.

Occorre, infatti, ripensare al regionalismo italiano in un'ottica più ampia, non trascurando di un'altra perenne *transitorietà*, quella della forma di governo che subisce continuamente mutamenti di fatto e tentativi di riforme costituzionali; servirebbe, in altre parole, avere un disegno complessivo della Repubblica⁹⁸.

Negli ultimi anni si era già assistito ad un rinnovato centralismo che si è accentuato durante l'emergenza pandemica da Covid-19⁹⁹. Questa

⁹⁴ A. RUGGERI, *Prospettive di una specialità diffusa delle autonomie regionali*, cit.; Id. *Ancora in tema di specialità e "specializzazione" dell'autonomia regionale (spunti teorico-ricostruttivi offerti da un libro recente)*, in *Nuove Autonomie*, 1/2022, 363ss.

⁹⁵ Ricorda a tratti il concetto della *tabla de quesos* dell'autonomismo spagnolo, v. *supra*.

⁹⁶ A. RUGGERI, *Il senso della specialità*, cit., 81.

⁹⁷ Cfr. A.M. POGGI, *Il regionalismo italiano*, cit., 8ss.

⁹⁸ Cfr. A. MORRONE, *Differenziare le regioni senza un disegno di Repubblica*, in *Nuove Autonomie*, fasc.spec. 1/2019, 219ss.

⁹⁹ A. MORELLI, *L'incerta attuazione del regionalismo differenziato*, in D. CODUTI (a cura di), *La differenziazione nella Repubblica delle Autonomie*, Torino, 2022, 101ss; sul rapporto tra Stato e periferie nella gestione delle emergenze v. I. SPADARO, *Decentramento politico e pandemia: spunti per un "regionalismo dell'emergenza"*, in *Rivista AIC*, 4/2022, 146ss. Si è discusso, infatti, ai margini della pandemia, della attuazione di alcune disposizioni dello Statuto siciliano, sul punto v. B.G. DI MAURO, *La specialità dello statuto della Regione siciliana ai tempi della pandemia da Covid-19. Prime note sui recenti tentativi di attuazione di alcune norme statutarie*, in *Diritti Regionali*, 3/2020, 571.

tendenza, unita alla perdurante crisi della rappresentanza politica ed alla necessità di fornire risposte rapide all'Unione Europea e ad altri organismi internazionali, richiede un rinnovamento dell'organo centrale nella nostra forma di governo, il Parlamento (non estraneo alla crisi della forma di governo¹⁰⁰), in modo da rivitalizzarlo anche attraverso un ruolo maggiore delle autonomie regionali.

Non potendo in questa sede analizzare la copiosa dottrina e le diverse proposte di riforma del bicameralismo perfetto, si vuole sottolineare solo come un maggiore coinvolgimento delle regioni nella composizione dell'organo legislativo, si potrebbero risollevarle le sorti del Parlamento e quelle del regionalismo¹⁰¹, frenando le ventate federaliste/secessioniste attraverso una vera, e finora assente, *politica regionale nazionale*¹⁰².

L'esigenza di rinnovare l'istituzione parlamentare al fine di consentire alle regioni di incidere maggiormente nelle scelte legislative è stata evidenziata dalla stessa legge costituzionale 3/2001, in particolare all'art.11 relativo alla cd. *Bicameralina*¹⁰³, che recita «Sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione»¹⁰⁴. Già allora, dunque,

¹⁰⁰ Sulla crisi del Parlamento v., tra gli altri, A. BARBERA, P. BARCELLONA, F.P. BONIFACIO, G. FERRARA, A. MANZELLA, *Il parlamento tra crisi e riforma*, Milano, 1985; A. MORRONE, *Crisi del parlamentarismo e iniziative*, in *Federalismi.it*, spec. 3/2019, 257ss; F. DAL CANTO, *Tendenze della normazione, crisi del Parlamento e possibili prospettive*, in *Federalismi.it*, spec. 3/2019, 35ss;

¹⁰¹ «Tanto più è ampio e profondo nella nostra Repubblica il sistema delle autonomie, tanto più vi è la necessità di momenti di sintesi politica [...] solo il Parlamento è in grado, per il suo legame organico con il popolo, titolare permanente di sovranità, di coordinare, cioè di condizionare le autonomie» (così A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 20023, 438).

¹⁰² A.M. POGGI, *Le funzioni legislative*, cit., 26.

¹⁰³ Tale disposizione delegava ai regolamenti parlamentari le modalità di integrazione della commissione bicamerale per le questioni regionali per agevolare il coinvolgimento delle regioni nel procedimento di formazione delle leggi.

¹⁰⁴ Ritenendo quindi l'integrazione della commissione come un passo intermedio verso un superamento dell'attuale sistema parlamentare. In questo senso, e sul ruolo della commissione integrata, P. CARETTI, *La lenta nascita della "bicameralina", strumento indispensabile non solo per le Regioni ma anche per il Parlamento*, in *Le Regioni*, 2-3/2003, 351 ss.; G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *Federalismi.it*, fasc.spec. 3/19, 57, 68 ss; R. BIFULCO, *Una piccola grande riforma: l'integrazione della commissione parlamentare per le questioni regionali*, in M. CASTELLÀ ANDREU, S. PAJNO, G. RIVOSECCHI, G. VERDE (a cura di), *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2018, 217ss.

si riconosceva per le regioni l'impossibilità di funzionare adeguatamente in mancanza di adeguati interventi sia sul bicameralismo che sull'assetto delle Regioni speciali¹⁰⁵.

Quello che appare necessario, in conclusione, è più che un regionalismo differenziato, un *Bicameralismo differenziato*¹⁰⁶, con un Senato formato da rappresentanti regionali, volto a garantire una responsabilizzazione delle Regioni e a smorzare spinte asimmetriche che portano ad alimentare il contenzioso costituzionale¹⁰⁷.

La strada da percorrere in tale direzione sarebbe sicuramente accidentata, anche perché nonostante gran parte della dottrina sia consapevole che il bicameralismo perfetto necessita di una revisione, tante sono le possibili soluzioni¹⁰⁸.

Queste sarebbero fisiologicamente influenzate da convinzioni culturali o da posizioni ideologiche ma ciò non dovrebbe impedire di ragionare insieme sul futuro della Repubblica, in modo analogo a come avvenne in Assemblea costituente.

¹⁰⁵ Cfr. G. VERDE, *Uniformità e specialità*, cit., 2.

¹⁰⁶ Espressione di G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 1994, 198.

¹⁰⁷ Cfr. R. BIFULCO, *Differenziare il Parlamento!*, in G. PITRUZZELLA, A.M. POGGI (a cura di), *Riforme istituzionali e forma di governo*, Torino, 2023, 39ss. «La mancanza di una sede di raccordo costituzionalmente riconosciuta per tutte quelle decisioni che incideranno sul terreno sdruciolevole delle politiche pubbliche, tanto dello Stato quanto della Regione, rischia di portare la Corte costituzionale ad esprimersi su profili politici e da sempre riservati alla politica» (così L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 232, 257).

¹⁰⁸ Tra le altre, vi è chi propone una Camera bassa elettiva che intrattiene il rapporto di fiducia con il Governo, costituendo questa il perno della forma di governo, ed un Senato regionale con il compito di fungere da perno della forma di stato regionale (E. CHELLI, *Il bicameralismo differenziato e il Senato quale perno della forma di Stato regionale*, in *Astrid*, 13/2015); mentre altri propenderebbero per un cambiamento più radicale verso un monocameralismo (P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, *Monocameralismo: unificare le due camere in un unico Parlamento della Repubblica*, in *Rivista AIC*, ottobre 2013).

Abstract

Dopo un ventennio dalla Riforma del Titolo V del 2001 si è tentato di attuare l'art.116 comma 3 della Costituzione ed introdurre il *regionalismo differenziato*. Al di là delle sorti di tale tentativo, già limitato dalla Corte costituzionale, occorre riflettere sul sistema regionale nel suo complesso. Alla luce dei diversi interventi normativi che hanno provato a dare forma alle regioni non si può tuttora affermare che vi sia un preciso modello di regionalismo, che è stato in una perenne transizione. Inoltre, stando alle crescenti istanze federaliste ed alle difficoltà di attuazione degli statuti speciali, ci si chiede se la dualità ordinarie/speciali non necessiti di un definitivo superamento.

Regionalism in (eternal) transition: towards widespread specialisation?

Twenty years after the 2001 reform of Title V, an attempt was made to implement Article 116(3) of the Constitution and introduce differentiated regionalism. Regardless of the outcome of this effort, which has already been limited by the Constitutional Court, it is necessary to reflect on the regional system as a whole. Considering the various regulatory measures that have tried to shape the regions, it still can't be said that there's a clear model of regionalism, which has been in a constant state of transition. Also, given the growing federalist demands and the difficulties in implementing special statutes, we wonder if the ordinary/special duality needs to be definitively overcome.

La tutela dei beni culturali alla prova della tempestività dell'azione amministrativa: un annullamento d'ufficio speciale al di là del muro del tempo?

di Raffaele Caroccia

SOMMARIO: 1. Il concetto di bene culturale e la disciplina delle autorizzazioni alla circolazione all'estero. – 2. L'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990 ed il nuovo statuto dell'annullamento d'ufficio. – 3. La sent. n. 8296/2024 del Consiglio di Stato e le ragioni della rimessione alla Corte Costituzionale. – 4. La discrezionalità del legislatore tra vincoli sovranazionali e disciplina dei poteri amministrativi di autotutela di tipo demolitorio. – 5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 88 del 2025.

1. *Il concetto di bene culturale e la disciplina delle autorizzazioni alla circolazione all'estero*

La Costituzione italiana designa, tra i suoi principi fondamentali, la protezione del patrimonio storico ed artistico¹, che è affidata dall'art. 9² alla Repubblica³, da intendere come ordinamento nel suo complesso.

¹ L'affermazione di tale principio è debitrice dell'influsso della dottrina giuridica tedesca, che aveva fatto emergere già dall'Ottocento il concetto di *Kulturstaat*, concettualizzazione per cui si rinvia nella dottrina italiana a E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961; F. S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002; S. OGGIANU, *Disciplina pubblica delle attività artistiche e culturali*, Torino, 2004.

² Per un commento a questa disposizione costituzionale si vedano F. MERUSI, *art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna Roma, 1975, p. 434 ss.; M. CECCHETTI, *art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 217 ss.; R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, 2010; M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2015, p. 81 ss.

³ Spetta alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, 2 c., lett. s Cost., la tutela dei beni culturali, mentre appartengono alla potestà concorrente di Stato e Regioni sia la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali che la promozione e l'organizzazione di beni culturali, ai sensi dell'art. 117, 3 c. L'art. 116 Cost. prevede che nel campo della tutela siano attribuibili alle Regioni ulteriori forme di autonomia. Sulle attività di valorizzazione resta centrale l'inquadramento proposto da L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 651 ss. Per una visione, invece, critica della dicotomia tra le due competenze, in quanto scindono un'attività che ai sensi

La funzione è finalizzata non solo ad una tutela statica di tali beni, ma anche alla promozione dinamica della loro fruizione. La disposizione rappresenta il punto di arrivo delle differenti fonti – anche preunitarie – di protezione degli oggetti d'arte⁴. L'ottica iniziale, con cui la materia è stata affrontata, era volta a porre limiti e divieti di preda bellica delle cose d'arte. Successivamente l'esigenza della loro tutela è stata giustificata con ragioni di matrice estetica e di tipo storico-identitario⁵. A prescindere da questo cambio di approccio nella protezione dei beni qui in discorso, l'esigenza di tutela è rimasta particolarmente avvertita nella storia e nel sentire della collettività della Penisola. Ciò è naturale conseguenza del fatto che in Italia si concentra un'elevata porzione del patrimonio artistico mondiale⁶. Esso viene protetto dall'ordinamento al di fuori da logiche meramente mercantili, le quali portano a considerare l'Italia una *source nation* di beni culturali.

A partire dalla lezione gianniana si è preferito parlare, più che di patrimonio artistico-culturale in modo indistinto, di beni culturali; questo è un concetto giuridico indeterminato per la cui concreta individuazione era ed è necessario il richiamo ad altre discipline⁷ (di cui sono portatori i funzionari tecnici dell'Amministrazione statale deputata, appunto, alle funzioni di tutela).

di un principio fondamentale appartiene a tutti i componenti la Repubblica, si veda F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 1 ss.

⁴ Tra le disposizioni più importanti in materia precedenti al Risorgimento si possono ricordare la legge leopoldina del Granducato di Toscana del 1854, che integrò una normativa risalente addirittura al 1571, diverse disposizioni introdotte nel Regno delle Due Sicilie a seguito dell'avvio delle campagne di scavo a Pompei e, soprattutto, l'editto del Cardinale Pacca del 1820. Quest'ultima fonte ha introdotto i principi della catalogazione, del divieto dell'esportazione non autorizzata e della proprietà pubblica del sottosuolo archeologico, che tuttora costituiscono gli elementi portanti della disciplina di settore.

⁵ Sulla necessaria compresenza delle due finalità della tutela si veda A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime accezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 223 ss. La tutela basata su ragioni estetiche ha trovato la sua massima espressione nella c.d. legge Bottai del 1939, riconosciuta come il primo testo organico di tutela dei beni culturali assurti grazie ad esso ad una dimensione giuridica piena.

⁶ Non stupisce che la protezione dei beni culturali avvenga anche attraverso norme incriminatrici *ad hoc*, la cui più recente riforma è avvenuta con la l. n. 22 del 9 marzo 2022. Al II libro del c.p. è stato aggiunto il Titolo VIII *bis*, dedicato appunto ai delitti contro il patrimonio culturale.

⁷ Per il valore liminale della nozione di bene culturale si rinvia a M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3 ss.

Da questo punto di vista, risulta assai complicato individuare un equilibrio corretto tra dimensione del bene culturale – che ha una valenza universale – e tutela dello stesso, se improntata a mera espressione di una nazione e del gusto e della civiltà ivi sviluppati. Di conseguenza, pur nella ritenuta soggettività della valutazione sull'essenza di una cosa d'arte, si è proposto in tempi a noi più vicini il superamento di tale relazione con l'apertura ad un approccio pluralista ed il coerente coinvolgimento delle autorità pubbliche nel settore della cultura improntato ad una neutralità attiva piuttosto che alla promozione di un unico modello artistico/culturale⁸.

Oggi le disposizioni attuative del precetto costituzionale sono contenute nel d. lgs. n. 42 del 2004⁹, in cui – come nell'art. 9 Cost. – il paesaggio ed i beni culturali rappresentano beni giuridici tutelati in modo contestuale.

Il diritto soggettivo alla fruizione del bene culturale – precipitato della disposizione della Legge fondamentale in favore di qualsiasi cittadino – è conseguenza del valore costituzionale del patrimonio culturale. In modo contestuale, da esso derivano *ex latere auctoritatis* i controlli ed il potere delle P.A. di sottrarre ai privati la proprietà delle cose rientranti in questa dimensione con provvedimenti ablatori, quale l'acquisizione coattiva, o di conformarla¹⁰ attraverso provvedimenti invece incasellabili nella categoria delle autorizzazioni (in quanto comportanti una rimozione temperata del vincolo al godimento e/o alla capacità di disposizione piena sui beni culturali di proprietà dei privati).

Questa modalità di espressione dei poteri amministrativi in materia è la conseguenza del fatto che, nella disciplina italiana dei beni culturali, a prevalere sembrano essere le esigenze di tutela rispetto a quelle di tipo mercantilistico.

Ad entrambi i richiamati effetti del potere amministrativo sull'esercizio delle facoltà del proprietario è presupposto un provvedimento di accertamento costitutivo, mediante il quale una *res* viene individuata come bene culturale e sottoposta al regime vincolistico in ragione del suo valore

⁸ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, p. 509.

⁹ Sul c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio si veda almeno M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019.

¹⁰ Tale è la proposta definitoria di R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 495 ss.

(artistico o storico) immateriale. Analogo effetto ha una qualificazione della cosa operata *ex lege*.

Da tanto discende la centralità delle elencazioni di beni culturali nella disciplina: quindi, essa – più che dare indicazioni su cosa sia questo concetto, sempre mutevole – si caratterizza per l'indicazione di quali siano le cose aventi le caratteristiche che le rendono destinatarie del regime speciale.

La materialità del bene e la sua tutela rispetto ad eventuali soggetti esteri, però, non possono essere non prese in considerazione dall'ordinamento giuridico, ogni qual volta venga in rilievo una richiesta di esportazione. Attorno ai beni culturali si muovono ingenti capitali, anche stranieri. In effetti, una delle principali esigenze di tutela di questi elementi è proprio il controllo della loro circolazione anche verso l'estero, funzione che si esprime di nuovo attraverso atti di valenza provvedimentale.

Di conseguenza, si è affermato che il bene culturale è vocato ad una sorta di immobilità¹¹ e costituisce rispetto ai mercati esteri una *res extra commercium*¹², mentre la circolazione interna è disciplinata da disposizioni *ad hoc*, contenute nel capo IV, titolo I, parte II del vigente codice.

Diverso è il regime dei beni di interesse culturale per cui è possibile la circolazione all'estero anche in via definitiva, previo rilascio di titolo amministrativo.

Vi è una prima disciplina inerente alla circolazione nello spazio giuridico europeo, mediante cui è stato precisato il senso dell'eccezione culturale alla libertà di circolazione dei beni¹³.

Nell'ordinamento italiano la fonte di questi primi poteri è l'art. 65 del codice di settore; la disposizione è costruita su quattro livelli. Il c. 1 individua un divieto assoluto di uscita dal territorio nazionale dei beni

¹¹ B. MASTROPIETRO, *Vendita all'estero di opera d'arte e annullamento dell'attestato di libera circolazione. Quid iuris?*, in *Arte e diritto*, 2023, p. 223 ss., cui *adde* M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento cit.*, p. 245 ss.

¹² Ai sensi dell'art. 64 *bis*, 3 c., d. lgs. n. 42 2004, “*i beni costituenti il patrimonio culturale non sono assimilabili a merci*”.

¹³ Essa è – come noto – prevista all'art. 36 del TFUE: “*Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*”.

mobili indicati all'art. 10, cc. 1, 2, 3 della medesima fonte¹⁴. Il c. 2 prevede un ulteriore divieto per le cose mobili appartenenti ai soggetti indicati al c. 1 dell'art. 10, purché di autore non vivente e risalenti a più di 70 anni, prima della verifica indicata all'art. 12¹⁵, e dei beni afferenti alle categoria

¹⁴ “1. Sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

2. Sono inoltre beni culturali:

a) le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;

b) gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;

c) le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616.

3. Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13:

a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1;

b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante;

c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale;

d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose;

d-bis) le cose, a chiunque appartenenti, che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico eccezionale per l'integrità e la completezza del patrimonio culturale della Nazione;

e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse”.

¹⁵ Di seguito si riporta il testo dell'art. 12 del Codice dei beni culturali, rubricato “Verifica dell'interesse culturale”:

“1. Le cose indicate all'articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalgia ad oltre settanta anni, sono sottoposte alle disposizioni della presente Parte fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2.

2. I competenti organi del Ministero, d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono e corredata dai relativi dati conoscitivi, verificano la sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose di cui al comma 1, sulla base di indirizzi di carattere generale stabiliti dal Ministero medesimo al fine di assicurare uniformità di valutazione.

3. Per i beni immobili dello Stato, la richiesta di cui al comma 2 è corredata da elenchi dei beni e dalle relative schede descrittive. I criteri per la predisposizione degli elenchi, le modalità di redazione delle

del c. 3 dell'art. 10 appartenenti a chiunque il Ministero abbia individuato e di cui sia stata esclusa per periodi definiti l'uscita dal territorio nazionale, in quanto dannosa per il patrimonio culturale¹⁶. Il c. 3, invece, prevede la possibilità di esportare – previa autorizzazione ed a eccezione dei beni archeologici – in modo definitivo i beni che presentino interesse culturale, opera di autore non più vivente, più risalenti di 70 anni e di valore superiore ad € 13.500,00 (soglia abbastanza contenuta), gli archivi ed i documenti privati di interesse culturali, le cose indicate all'art. 11, c. 1, lett. f, g ed h¹⁷, a chiunque appartenenti. Il c. 4, invece, delinea un regime di

schede descrittive e di trasmissione di elenchi e schede sono stabiliti con decreto del Ministero adottato di concerto con l'Agenzia del demanio e, per i beni immobili in uso all'amministrazione della difesa, anche con il concerto della competente direzione generale dei lavori e del demanio. Il Ministero fissa, con propri decreti, i criteri e le modalità per la predisposizione e la presentazione delle richieste di verifica, e della relativa documentazione conoscitiva, da parte degli altri soggetti di cui al comma 1.

4. *Qualora nelle cose sottoposte a verifica non sia stato riscontrato l'interesse di cui al comma 2, le cose medesime sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente Titolo.*

5. *Nel caso di verifica con esito negativo su cose appartenenti al demanio dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali, la scheda contenente i relativi dati è trasmessa ai competenti uffici affinché ne dispongano la sdemanializzazione qualora, secondo le valutazioni dell'amministrazione interessata, non vi ostino altre ragioni di pubblico interesse.*

6. *Le cose di cui al comma 4 e quelle di cui al comma 5 per le quali si sia proceduto alla sdemanializzazione sono liberamente alienabili, ai fini del presente codice.*

7. *L'accertamento dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, effettuato in conformità agli indirizzi generali di cui al comma 2, costituisce dichiarazione ai sensi dell'articolo 13 ed il relativo provvedimento è trascritto nei modi previsti dall'articolo 15, comma 2. I beni restano definitivamente sottoposti alle disposizioni del presente Titolo.*

8. *Le schede descrittive degli immobili di proprietà dello Stato oggetto di verifica con esito positivo, integrate con il provvedimento di cui al comma 7, confluiscono in un archivio informatico, conservato presso il Ministero e accessibile al Ministero e all'Agenzia del demanio, per finalità di monitoraggio del patrimonio immobiliare e di programmazione degli interventi in funzione delle rispettive competenze istituzionali.*

9. *Le disposizioni del presente articolo si applicano alle cose di cui al comma 1 anche qualora i soggetti cui esse appartengono mutino in qualunque modo la loro natura giuridica.*

10. *Il procedimento di verifica si conclude entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta.*

10-bis. *In caso di inerzia, il potere di adottare il provvedimento è attribuito al Direttore generale competente per materia del Ministero della cultura, che provvede entro i successivi trenta giorni”.*

¹⁶ Resta salva per le prime due categorie di beni l'esportazione temporanea, disciplina dall'art. 71 del codice.

¹⁷ Si tratta di ville, parchi e giardini che abbiano interesse artistico o storico (lett. f), di pubbliche piazze, vie, strade ed altri spazi aperti urbani di interesse artistico o storico (lett. g), di siti minerari di interesse storico od etnoantropologico (lett. h).

libera esportabilità per le cose indicate all'art. 11, c. 1, lett. d)¹⁸ e per i beni di interesse culturale di autore non più vivente e più antichi di 70 anni di valore inferiore ad € 13.500,00.

Il soggetto che intenda esportare beni di quest'ultima categoria, per cui la maggior facilità di circolazione si spiega con la tutela dell'autore dell'opera anche rispetto alla commerciabilità dei prodotti del suo ingegno, ha l'onere di rendere una dichiarazione ai sensi del D.P.R. 445 2000 all'Ufficio periferico competente per le esportazioni del Ministero della Cultura sulla qualità della cosa. Se l'Ufficio di esportazione riscontra che l'oggetto rientra nell'elenco di cui all'art. 10, c. 3 lett. d *bis*¹⁹, avvia il procedimento di verifica dell'interesse culturale che deve concludersi in 60 giorni.

Più articolata è la disciplina del procedimento per i beni ricadenti nel c. 3 dell'art. 65, che è scandita dall'art. 68. Il proprietario è onerato di denuncia e presentazione della cosa all'Ufficio di esportazione competente per territorio. Nella denuncia va indicato il valore di ciascun bene per il quale si chiede l'attestato di libera circolazione. A questo punto, il primo ufficio informa della presentazione della richiesta gli uffici competenti del Ministero entro 3 giorni dal deposito dell'istanza, i quali entro 10 giorni devono fornire le informazioni utili in ordine agli oggetti per cui è stata chiesta la fuoriscita definitiva dal territorio italiano. Rispetto ai beni sottoposti alla vigilanza regionale, va acquisito entro 30 giorni dalla presentazione il parere della Regione che, se negativo, è vincolante. Il procedimento deve chiudersi entro 40 giorni dal suo avvio, con atto motivato di assenso o di diniego. Il fulcro dell'attività valutativa riguarda la verifica dell'esistenza

¹⁸ Si tratta di carte geografiche e di spartiti musicali aventi carattere di rarità e di pregio.

¹⁹ Cons. st., sez. VI, ord. 17 gennaio 2025, n. 4934 ha sollevato una questione incidentale di costituzionalità della disciplina del regime di esportabilità dei beni culturali, con riferimento all'art. 65, c. 4 *bis* del codice di settore nella parte in cui prevede che la dichiarazione di interesse culturale rispetto alle categorie di beni culturali esportabili dietro autodichiarazione possa avvenire solo in caso di interesse eccezionale e non anche in tutti i casi previsti dall'art. 10, c. 3, d. lgs. n. 42 2004. L'ordinanza di rimessione si segnala anche perché contiene un'accurata ricostruzione dei diversi regimi amministrativi che presiedono all'esportazione definitiva all'estero dei beni culturali. Un altro recente atto di promovimento di una questione di legittimità sulle norme che disciplinano l'esportazione dei beni culturali è T.A.R. Roma, sez. II *quater*, ord. 28 agosto 2025, n. 15869. Tutti i provvedimenti del G.A. citati nel presente scritto sono in libera consultazione al sito www.giustizia-amministrativa.it.

o meno di un interesse artistico, storico, archeologico, entoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico della cosa, in coerenza con gli indirizzi generali stabiliti dal Ministero, individuati con d.m. n. 537/2017²⁰, e la congruità del valore dichiarato dal proprietario. Il provvedimento autorizzatorio ha validità quinquennale e viene predisposto in tre originali: uno per il privato in modo che accompagni l'oggetto nella sua circolazione, uno per l'Ufficio di esportazione, uno per il Ministero che lo inserisce nel registro ufficiale degli attestati. Anche in questo caso, in ipotesi di diniego si avvia il procedimento di verifica dell'interesse culturale con vincolo cautelare alla circolazione per il periodo di suo svolgimento. Resta possibile che l'Ufficio per l'esportazione proponga al Ministero l'acquisto coattivo del bene, con la conseguenza che il proprietario sarà in modo assai verosimile particolarmente attento ad indicare il prezzo veritiero dell'oggetto, dato che esso rappresenterà il corrispettivo che potrà conseguire in quest'ipotesi. Visto che non vi è una volontà attuale di cessione del bene, resta sempre possibile evitare l'acquisto coattivo rinunciando all'esportazione prima della conclusione del procedimento ablatorio²¹.

La giurisprudenza ha in modo concorde valorizzato per le attestazioni all'esportazione l'importanza sia della motivazione del provvedimento che del rispetto delle garanzie partecipative interne al procedimento. Esse risultano necessarie per consentire in sede giurisdizionale un esame effettivo della legittimità delle scelte amministrative e per controbilanciare il ristretto margine di sindacabilità correlato alla natura

²⁰ F. CAMPOLO, *Attestato di libera circolazione di un bene culturale e potere di autotutela*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2025, p. 7, richiama l'attenzione anche sulla circolare n. 21/2024 con cui la Direzione Generale Archeologia Belle Arti e Paesaggio del Ministero della Cultura ha dato indirizzo agli Uffici per l'esportazione "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" a dichiarare l'improcedibilità delle istanze quando "la mancanza o insufficienza di informazioni unitamente alla scarsa leggibilità dell'opera non consentano la adeguata valutazione dell'interesse culturale". Si tratta di un atteggiamento di burocrazia difensiva, antitetico rispetto a quanto si suggerirà *infra* nelle conclusioni dello scritto, in cui si auspica che gli Uffici svolgano un'istruttoria particolarmente rigorosa sulle richieste di autorizzazione all'esportazione.

²¹ Per un inquadramento delle modalità di sindacato da parte del G.A. sulle attestazioni si rinvia a M. G. DELLA SCALA, *Diniego di autorizzazione all'esportazione dell'opera d'arte e procedimento dichiarativo dell'interesse culturale. Valutazioni tecnico-discrezionali e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2024.

del potere esercitato dalla P.A., pacificamente espressione di una discrezionalità tecnica²².

Un aspetto peculiare di questo tipo di provvedimento è che l'autorizzazione ha una durata quinquennale, benché si riferisca ad un comportamento che dovrebbe costituire un *unicum* dalle conseguenze definitive.

Autorevole dottrina²³, proprio sulla scorta di tale osservazione, ha colto che – data la portata del provvedimento e la possibilità di una fuoriscita definitiva del bene dal territorio nazionale – esso fa sorgere nel suo destinatario più che una semplice aspettativa sicché il suo ritiro deve restare un'ipotesi eccezionale.

Per gli spostamenti al di fuori del territorio dell'Unione vige, invece, la necessità di dotarsi di licenza di esportazione, prevista dall'art. 74 del codice.

Contro i provvedimenti di diniego è prevista una tutela sia amministrativa con ricorso gerarchico innanzi al Ministero sia giurisdizionale, con la prima tipologia di tutela che può riguardare anche elementi di merito.

La fuoriscita dal territorio nazionale in assenza di titolo abilitativo costituisce un illecito penale²⁴.

È importante sottolineare come la disciplina italiana vada necessariamente completata, per essere effettiva, con le fonti sovranazionali sia internazionali che di diritto UE, che regolano la collaborazione tra gli Stati per il recupero dei beni culturali trasferiti *contra ius* all'estero²⁵, come avviene nel caso di attestazione annullata in un momento successivo.

²² Si tratta di un vero e proprio *leit motiv* della giurisprudenza inerente ai provvedimenti di libera circolazione. Si veda, tra le più recenti, T.A.R. Firenze, sez. I, sent. 24 aprile 2024, n. 502: “Nel contesto della valutazione dell'interesse culturale di un'opera, data l'ampia discrezionalità attribuita all'amministrazione nella decisione di rilasciare o rifiutare l'attestato di libera circolazione, è essenziale che la motivazione sia adeguata a giustificare il corretto esercizio del potere e il rispetto delle linee guida dettate dall'ordinamento. L'insindacabilità intrinseca del giudizio tecnico dell'amministrazione sottolinea l'importanza del rispetto delle garanzie formali e procedurali per assicurare la legittimità dell'azione amministrativa nel settore in questione. È fondamentale che venga rispettata la garanzia della motivazione obbligatoria e convincente al fine di consentire al giudice amministrativo di esercitare un controllo sulla legittimità delle decisioni prese”.

²³ G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 3.

²⁴ La fattispecie è punita dall'art. 518 *undecies* c.p.

²⁵ Sulle fonti sovranazionali in questa materia si veda P. VENDITTI, *La circolazione dei beni culturali in ambito internazionale e la tutela del proprietario in caso di trasferimento illecito o illegale*, in *Arte e diritto*, 2024, p. 85 ss.

Proprio la Convenzione UNESCO del 1970, ratificata con l. 184 1977, è la fonte che ha imposto ai contraenti di introdurre nel diritto nazionale un certificato di esportazione legale, di cui l'istituto dell'attestazione è la traduzione nell'ordinamento italiano, pena il divieto all'espatrio, ed ha previsto altresì l'introduzione di azioni di restituzione per beni rubati e di rimpatrio per beni oggetto di esportazione non lecita. Le due forme di tutela sono capaci di superare anche la buona fede dell'acquirente e, nel secondo caso, tutelano l'interesse dello Stato a che il bene rientri nel proprio territorio. I termini per l'esercizio di tali iniziative – che possono essere giurisdizionali o amministrative – sono particolarmente lunghi (tre anni dalla conoscenza del luogo in cui si trova l'opera e cinquant'anni dalla sua sottrazione) e sono stati individuati nella convenzione Unidroit di Roma del 1995, ratificata con l. 113 1999.

In diritto UE è prevista dalla direttiva 2014/60/EU – attuativa del regolamento 2009/116, che ha ribadito la necessità di un titolo amministrativo per una legittima esportazione delle cose d'arte anche all'interno dello spazio giuridico europeo – un'unitaria azione di restituzione, in cui unico legittimato attivo è lo Stato membro, legittimati passivi sono sia gli altri Stati che le istituzioni pubbliche o private o le persone fisiche che detengano il bene illegittimamente fuoriuscito. È competente il Giudice dello Stato membro dove si trova la cosa, secondo i criteri previsti nella sua legislazione²⁶. Anche in questo caso i termini di esercizio sono particolarmente ampi: l'azione va esercitata entro tre anni dalla scoperta del luogo in cui si trova il bene e dell'identità del possessore e si prescrive in trent'anni dall'uscita dal territorio nazionale. Pure secondo questa fonte, si supera la tutela di buona fede dell'acquirente, che al più ha diritto ad un indennizzo se sia in grado di dimostrare di avere seguito la dovuta diligenza nell'acquisto; esso è a carico dello Stato membro, che ha la rivalsa nei confronti dei responsabili della cessione illecita. La direttiva fa salve le ordinarie azioni civili e penali spettanti al proprietario ed allo Stato.

Da questo quadro sintetico si può trarre una conclusione: il legislatore – anche internazionale – si è dimostrato consapevole della necessità di introdurre in modo specifico termini prescrizionali assai ampi per le azioni in tema di protezione di beni culturali fuorisciti dalla Stato di origine.

²⁶ La direttiva è stata recepita agli artt. 75 e ss. del codice.

2. *L'art. 21 nonies l. n. 241 1990 ed il nuovo statuto dell'annullamento d'ufficio*

Per completare il fondale giuridico delle presenti riflessioni, risulta necessaria una ricostruzione dello statuto sia dottrinario che giurisprudenziale degli istituti dell'autotutela.²⁷

²⁷ Intere biblioteche sono state dedicate a quest'argomento; nell'economia del presente scritto ci si limiterà a segnalare i contributi che al suo estensore sembrano particolarmente significativi: S. ROMANO, *Teoria dell'annullamento nel diritto amministrativo*, in *Scritti minori*, Milano, 1990, p. 387 ss.; A. C. IEMOLO, *L'interesse come presupposto dell'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1936; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità ed annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 484 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, *ibidem*, IV, Milano, 1959, p. 537 ss.; G. GHETTI, *Autotutela della pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 80 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. it.*, IV, Roma, 1988; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 689 ss.; G. FALCON, *Questioni cit.*, p. 1 ss.; G. LUCUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1245 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 584 ss.; B. G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in *www.astrid-online.it*, 2007; ID., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1223 ss.; G. GRÜNER, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 240 ss.; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Ann.*, II, Milano, 2008, p. 912 ss.; F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 439 ss.; C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 2012, p. 2946 ss.; P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *www.federalismi.it*, 2014; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, p. 333 ss.; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione – Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 634 ss.; F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *www.federalismi.it*, 2015; M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, *ibidem*; M. LIPARI, *La SCLA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, *ibidem*; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, *ibidem*; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124/2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, *ibidem*; G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, in *Dir.*

In effetti, il tema dell'autotutela decisoria – sia essa ad esito confermativo o eliminatorio – è uno dei più dibattuti all'interno del diritto amministrativo nazionale. I differenti e recenti interventi del legislatore non hanno certo sopito l'interesse degli studiosi e della giurisprudenza.

ec., 2015, p. 575 ss.; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 ss.; M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, *ibidem*, p. 321 ss.; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016; R. CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016; A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, p. 85 ss.; F. COSTANTINO, *Art. 21 nonies*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 869 ss.; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in www.federalismi.it, 2017; A. GUALDANI, *Il tempo nell'autotutela*, *ibidem*; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, *ibidem*; N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, *ibidem*; L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino ed amministrazione pubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; A. MEALE, *Autotutela della pubblicazione amministrazione tra affidamento del privato e garanzia degli investimenti*, *ibidem*; M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 189 ss.; G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, *ibidem*, p. 383 ss.; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. GUALDANI, *La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in www.federalismi.it, 2018; F. V. VIRZI, *La doverosità del potere di annullamento d'ufficio*, *ibidem*; M. PELLEGRINI, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo nella legislazione e giurisprudenza più recenti*, in *Ann. Fac. Giur. Un. di Camerino*, 8, 2019, p. 25; M. GIAVAZZI, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effct utile*, in *CERIDAP*, 2020, p. 154 ss.; P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in www.federalismi.it, 2020; M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021; E. LIBERATI, *Potere amministrativo, tempo e consumazione: riflessioni a margine di Cons. Stato, sez. VI – 19 gennaio 2021, n. 584*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2021; C. FRAGOMENI, *Il tempo del riesame amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it, 2024; F. CAMPOLO, *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21 nonies, comma 2 bis, l. n. 241 del 1990*, *ibidem*; R. PECORARO, *Sulla configurabilità dell'annullamento doveroso*, in *Nuove Autonomie*, 2024, p. 823 ss.; A. CARBONE, *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, in www.federalismi.it, 2025; A. CASSATELLA, *L'attività di secondo grado*, in F. CARINGELLA, R. CHIEPPA, B. G. MATTARELLA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, 2-Attività*, Milano 2025, p. 1096 ss. Particolarmente interessante è poi la ricostruzione del fenomeno dell'autotutela amministrativa contenuta in Cass. civ., SS. UU., sent. 21 novembre 2024, n. 30051, in cui si affrontano anche le differenze tra autotutela amministrativa ed autotutela tributaria.

Con la sintesi compatibile con l'economia del presente scritto, si può ricordare come gli istituti di autotutela siano nati come espressione di privilegio della P.A., fossero originariamente finalizzati ad adeguare *in continuum* le forme, in cui il potere – inteso come energia inesauribile²⁸ – ha trovato esercizio, alle circostanze giuridiche e fattuali (anche sopravvenute) in vista della migliore cura dell'interesse pubblico e senza l'intervento del potere giudiziario. Inoltre, essi sono stati individuati quali costituenti “*attività di disposizione giuridica finalizzata a prevenire o evitare la contestazione dell'interesse individuato come pubblico in un dato rapporto*”²⁹, ulteriori rispetto all'uso della mera forza. Di conseguenza, negli atti espressione della capacità dell'Amministrazione di farsi giustizia da sé compare da subito la distinzione tra autotutela esecutiva ed autotutela dichiarativa, in cui sono stati incasellati i provvedimenti di secondo livello. Questi ultimi sono stati ricondotti dopo la Costituzione alla garanzia del principio di buon andamento, inteso anche come necessaria continuità dell'azione amministrativa.

I provvedimenti di autotutela decisoria, prima del 2005, hanno tutti avuto una disciplina pretoria, poi positivizzata solo per alcuni con la prima significativa riforma della l. 241 1990, la quale aveva recepito in modo pressoché integrale l'elaborazione del Consiglio di Stato in materia.

Ma l'introduzione di uno statuto positivo per i provvedimenti ricadenti in questa categoria ha costituito un incubatore di ulteriori arricchimenti del dato normativo. Essi si sono caratterizzati negli ultimi anni ed in particolare in relazione alla tipologia di provvedimento di secondo livello qui in rilievo – cioè all'annullamento d'ufficio – per una marcata tensione alla sua limitazione³⁰, con lo scopo di proteggere l'affidamento dei privati³¹ e di responsabilizzare la P.A.

In effetti, l'originario statuto positivo dell'autotutela – intesa quale

²⁸ L'immagine si deve ad E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 94.

²⁹ F. FRANCIARIO, *Autotutela cit.*, p. 7.

³⁰ In contrasto con quanto avvenuto con altre due espressioni del potere – la sentenza e la legge – la cui possibilità di modifica si è sempre più ampliata, nel primo caso in conseguenza dell'aumento delle ipotesi di revocazione o di cedevolezza del giudicato, nel secondo caso in conseguenza dell'emersione del fenomeno della regolazione flessibile. Sulla divergenza della sorte di questi due atti con il provvedimento richiama l'attenzione F. FRANCIARIO, *Riesercizio cit.*, pp. 3-13.

³¹ Resta centrale per l'inquadramento del tema la proposta ricostruttiva di M. T.

espressione di un potere generalizzato ed immanente – non risultava più compatibile con la possibilità che i procedimenti potessero concludersi in modo diverso dal provvedimento espresso (tanto che oggi anche un silenzio assenso può essere oggetto di annullamento), con l’astrizione al principio di legalità delle sole forme di autotutela esecutiva e con il rispetto delle garanzie procedurali, che permettono al privato di introdurre le proprie ragioni in sede di farsi del provvedimento.

Tutte queste novità hanno imposto un aggiornamento dello statuto dei provvedimenti qui in esame, avvenuto – come noto – nel biennio 2014-2015³².

Un altro motivo di sviluppo del dato positivo risulta anche il recepimento di un’autorevole e fortunata proposta dottrinale, grazie alla quale era stata individuata anche nei confronti dell’Amministrazione la possibilità che il privato nutrisse aspettative tutelabili ed oggetto di un’autonoma pretesa alla coerenza con i precedenti provvedimenti, quale portato del generale canone di buona fede oggettiva³³. In conseguenza di questa rilettura, tale tensione deve essere tenuta presente dalla P.A. in sede di istruttoria previa all’emanazione di un provvedimento di secondo livello di contenuto cassatorio al di fuori del suo tradizionale inquadramento come componente della discrezionalità, in quanto non regola di esercizio del potere, ma di condotta. Ciò perché rileva non più il contenuto del provvedimento, ma anche il comportamento successivo alla sua emanazione, con il quale la P.A. deve mantenersi coerente. Grazie al decorso del tempo, l’aspettativa di stabilità dell’assetto derivante da un provvedimento diventa così base per l’affidamento del cittadino sulla continuazione degli effetti dell’atto amministrativo.

P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 159 ss., cui *adde* più specifici rispetto al tema qui trattato: F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 425 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 823 ss.; S. PUDDU, *La tutela dell’affidamento del cittadino nel quadro delle trasformazioni del sistema amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, p. 1767 ss.

³² Il riferimento è all’art. 25, c. 1, l. n. 164/2014 ed all’art. 6, c. 1, legge n. 124/2015.

³³ Si tratta della magistrale – ed ancora attuale – lezione di F. MERUSI, *Buona fede ed affidamento*, Milano 2000 (I ed. 1970), il cui contributo al tema qui in esame è messo in luce da F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento cit.*, p. 843. Si vedano anche F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995 e G. MANNUCCI, *L’affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.

In uguale senso, cioè verso una più stringente tutela del privato, hanno militato pure le spinte dell'ordinamento europeo. Da esso derivano regole di diritto conformate più che all'esercizio del potere alla protezione degli amministratori³⁴, in un'ottica di liberalizzazione delle loro attività e di stabilizzazione delle loro iniziative; queste spinte sono volte a rafforzare la certezza del diritto *sub specie* di sicurezza giuridica. Per la categoria delle autorizzazioni (intese in modo generico quali atti – al di là del loro *nomen iuris* – abilitanti all'esercizio di un'attività economica) e dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici ciò ha portato alla configurazione del decorso del tempo come un fattore di consumazione del potere amministrativo di annullamento. Il suo esercizio è stato fissato con riferimento ad un limite rigido prima di 18 e poi di 12 mesi³⁵, decorrenti dalla data di adozione del primo provvedimento. L'ultima modifica del termine è risalente al 2021³⁶ ed ha, però, la sua *ratio* – genuinamente domestica – nel rendere meno gravosa la ripresa dell'economia, dopo la stasi forzata dovuta al COVID³⁷.

Si è così delineata, all'interno dell'istituto, una divisione sulle coordinate del suo esercizio tra provvedimenti negativi per il privato e quelli positivi, rispetto a cui la tutela del cittadino è idonea a limitare l'interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa divenuta oramai un elemento non più centrale nel complessivo fenomeno dell'autotutela.

Sostanzialmente, per le autorizzazioni ed i provvedimenti attributivi di vantaggi economici l'affidamento non è più solo un aspetto, di cui la P.A. deve effettuare una valutazione prima di procedere all'annullamento d'ufficio, ma diviene capace di estinguere il potere stesso, unitamente al

³⁴ In particolare, fondativo di questa tesi è il riferimento o al diritto ad una buona amministrazione previsto all'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, su cui richiama l'attenzione M. SINISI, *Il potere cit.*, pp. 336-337, o alla direttiva 2006/123/CE c.d. servizi, su cui invece centra il discorso M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità cit.*, p. 175, secondo cui il diritto europeo avrebbe reso tassativo non solo “*il diniego dell'autorizzazione, ma anche il ritiro della stessa*”.

³⁵ Per queste due categorie di provvedimenti la l. 164 2014 ha escluso anche la possibilità di adottare una revoca *ius poenitendi* ed ha limitato la revoca per sopravvenienza ai soli fatti non prevedibili al momento di emanazione del primo atto.

³⁶ In Parlamento è stato presentato il disegno di legge A.S. n. 1184 XIX Legislatura, al cui art. 1 si propone di abbassare a sei mesi il *tempus ad quem* per l'annullamento d'ufficio.

³⁷ La riduzione del termine entro il quale può essere disposto l'annullamento d'ufficio è stata introdotta dall'art. 63, 1 c., l. 108 2021.

fatto giuridico tipizzato del decorso del tempo. Ciò risulta il portato di una spinta ad una maggiore efficienza della P.A., che rende il tempo oggetto di una valutazione monofasica e non più bifasica, prevista per i soli tipi di provvedimenti per cui resta in piedi un termine ragionevole quale presupposto dell'annullamento. Il decorso del tempo, cioè, costituisce un fattore di stabilità propria di alcune categorie di provvedimenti³⁸ e, comunque, pone sempre in capo all'organo che ha emanato un primo provvedimento un vincolo motivazionale specifico³⁹.

Pertanto, l'atto amministrativo diviene ora inoppugnabile non solo per inerzia del titolare dell'interesse legittimo, ma anche – con regola speculare⁴⁰ – del titolare del potere, comportamento da cui consegue l'inannullabilità del primo atto positivo per il privato⁴¹.

A scapito di tale sviluppo, si continua a sostenere che il potere di autotutela resta comunque sbilanciato a favore di una parte del rapporto amministrativo, cioè la P.A.: tanto risulta, però, coerente con la posizione istituzionale dell'Ente pubblico di tutela dell'interesse generale⁴².

Secondo un'altra prospettiva interpretativa – di nuovo debitrice degli influssi del diritto sovranazionale – a causa della normazione UE si è assistito nell'ordinamento nazionale ad una riconfigurazione del diritto amministrativo e ad una rifunzionalizzazione della discrezionalità. Ciò ha comportato intuibili ricadute sullo statuto dell'interesse pubblico risultante da tale duplice metamorfosi.

Il risultato è stato che le regole del procedimento non sono diventate più solo le modalità di espressione del potere, ma un limite allo stesso, in funzione di tutela delle libertà economiche⁴³.

Tale sviluppo – che ha comportato nel complesso disegno di riforma

³⁸ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità cit.*, p. 198.

³⁹ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità cit.*, p. 205.

⁴⁰ Come si esprime il parere n. 839 del 30 marzo 2016 della Commissione Speciale del Consiglio di Stato.

⁴¹ La prospettiva è propria di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità cit.*, p. 162-166 e *passim*, che condiziona le caratteristiche del potere al regime degli atti amministrativi espressione del primo.

⁴² A. MEALE, *Autotutela cit.*, p. 1.

⁴³ Come notato da G. TROPEA, *La discrezionalità cit.*, p. 111 ed analogamente da L. CARBONE, *La riforma cit.*, p. 24, ove si sostiene che l'introduzione di un termine massimo per l'annullamento d'ufficio avrebbe posto per la prima volta l'accento sulla funzione del diritto amministrativo tesa a garantire al privato la conservazione del bene della vita ottenuto anche in forza di un atto illegittimo.

della legge sul procedimento amministrativo risalente al biennio 2014-2015 anche la diminuzione della tutela degli interessi pubblici primari (che aveva tradizionalmente costituito un argine alle spinte liberalizzatrici o semplificatrici delle riforme dell'azione amministrativa) ed il blocco o la limitazione della discrezionalità nel *quando*⁴⁴ – ha però una *ratio* alquanto complicata da inserire nella fattispecie concreta qui in esame.

Un'ulteriore corrente dottrina – sviluppando intuizioni presenti nella teoria istituzionale dell'analisi economica – ha collegato la limitazione temporale dell'autotutela alla necessità che l'attività amministrativa fornisca certezza e calcolabilità delle scelte agli amministrati, specie se esercenti un'attività imprenditoriale: tale *ratio* ha portato alla limitazione del potere amministrativo di ritiro ed all'emersione della stabilità dei provvedimenti come valore *ex se*⁴⁵.

Da questo punto di vista, è stato evidenziato che il riferimento al tempo quale limite al potere opera sia rispetto alla scia sia rispetto alla sospensione, sicché la presenza di un rigido vincolo cronologico può essere ora definito un elemento generale che condiziona una congerie di decisioni amministrative a tutela dell'affidamento dei privati⁴⁶.

È rilevabile a colpo d'occhio quanto lontana sia l'attuale configurazione dei provvedimenti in esame con quella originaria, impostata sulla garanzia della sola P.A.

In conseguenza di tutti i fattori di sviluppo suindicati, i presupposti per l'annullamento d'ufficio sono oggi quattro, il primo dei quali è rigido, mentre gli altri tre sono più mobili in adesione ad una visione della legalità intesa non come applicazione di norme ma quale migliore cura concreta dell'interesse della collettività⁴⁷:

- i. l'invalidità del primo provvedimento o del silenzio assenso, purché diversa dalle fattispecie indicate all'art. 21 *octies*, II c., l. 241 1990 (con vizi, cioè, di tipo sostanziale e non solo formali)⁴⁸;

⁴⁴ G. TROPEA, *La discrezionalità cit.*, p. 120.

⁴⁵ M. TRIMARCHI, *Stabilità cit.*, *passim*.

⁴⁶ Quindi, assai calzante è la definizione di “*nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*” – come noto presente nel citato parere n. 839 del 30 marzo 2016 – quale conseguenza dell'introduzione del termine rigido di esercizio del potere di annullamento d'ufficio

⁴⁷ Tale proposta di lettura della disposizione si trova in C. DEODATO, *Il potere cit.*, p. 6, il quale identifica in questa norma attributiva di potere la “*previsione di alcuni presupposti vincolati e altri indeterminati (e, quindi, rimessi a un apprezzamento discrezionale dell'amministrazione)*”.

⁴⁸ Tale precisazione è stata disposta – come anticipato – dall'art. 25 d. l. 133 2014, convertito in l. 164 2014.

- ii. un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione del primo provvedimento;
- iii. la valutazione del termine entro il quale interviene il secondo provvedimento (con una rigidità parametrica relativa rispetto alle due categorie di provvedimenti già indicate) con considerazione relazionale, cioè riferita a tutte le circostanze di rilievo nel singolo caso;
- iv una comparazione con gli interessi dei soggetti coinvolti dall'assetto del primo provvedimento.

Sostanzialmente il termine ragionevole o rigido – di natura comunque perentoria – serve quale limite esterno al potere per contemperare le esigenze di stabilità del privato e quelle di rispetto della legalità/ certezza del quadro giuridico della P.A.⁴⁹. Ciò comporta la configurazione di un rapporto improntato a buona fede e correttezza reciproche, per individuare le quali risulta centrale l'uso che il cittadino abbia fatto del provvedimento e dei suoi effetti.

I dodici mesi costituiscono, comunque, un lasso di tempo utile per interpretare il termine massimo di ragionevolezza: potrebbe essere esigibile anche un termine più ristretto, quando le circostanze permettano al privato di maturare prima un affidamento grazie al proprio comportamento ed alla traduzione pratica degli effetti del provvedimento⁵⁰.

Il contraltare di quest'evoluzione è che non è rivendicabile una tutela dell'affidamento e, quindi, non opera il limite temporale all'autotutela, derivante dal *dies* di adozione dell'atto, in caso di comportamenti delittuosi o gravemente colposi, anche al di fuori di un accertamento penale definitivo sugli stessi⁵¹ (ciò per evitare che la P.A. sia astretta all'attesa dei tempi non certo immediati di definizione dei processi). In simili vicende, il termine ragionevole va computato dal giorno in cui è emersa la decettività del comportamento del privato. Anche in questi casi, però, non è imposto un esito obbligato al procedimento, in quanto la P.A. resta titolare di un potere discrezionale. La giurisprudenza ha altresì precisato che in sede di

⁴⁹ M RAMAJOLI, *L'annullamento cit.*, p. 105.

⁵⁰ C. DEODATO, *Il potere cit.*, p. 9.

⁵¹ Oramai tale conclusione è *ius receptum*. Si veda – tra le tante – T.A.R. Roma, sez. V, sent. 2 gennaio 2024, n. 12: “*Qualora l'Amministrazione sia stata indotta in errore da un comportamento doloso (equiparabile alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) del privato, neanche è configurabile un legittimo affidamento meritevole di tutela che permea di sé l'intera disciplina sull'autotutela, anche con riferimento ai limiti temporali dell'annullamento d'ufficio stabiliti dall'art. 21-nonies della l. n. 241/1990*”.

motivazione deve essere rappresentata la ricorrenza dei fatti e delle circostanze imputabili al privato, che hanno reso non possibile un'istruttoria piena in sede di adozione del primo provvedimento⁵².

La competenza all'annullamento d'ufficio è radicata, salvo eccezioni previste in modo tassativo, nel soggetto che ha disposto il primo provvedimento ed è necessario il rispetto delle forme procedurali originarie, secondo il principio del c.d. *contrarius actus*⁵³.

Un elemento centrale per un legittimo annullamento d'ufficio è l'attenzione agli oneri motivazionali, mediante i quali si deve dare conto dell'avvenuto rispetto di tutti i parametri previsti dalla legge.

Di conseguenza, l'attuale statuto dell'autotutela decisoria non pare essere più coerente con l'originaria dimensione ancipite dell'istituto. Questa era il residuo di un'Amministrazione di *ancien régime*, titolare di poteri di giustizia ritenuta, e costituiva espressione di un privilegio generale di cui godono le P.A. quale sorta di inesauribile *medium* tra attività giustiziale ed attività di amministrazione attiva. L'autotutela in adesione alla visione originaria era conformata in modo pressoché totalitario alla cura dell'interesse della P.A., inteso come applicazione monolitica del principio di legalità, rispetto al quale le aspettative del privato non trovavano spazio.

Milita in favore di una rinnovata attenzione alle ragioni dell'amministrato anche la sottolineatura delle responsabilità dei funzionari per mancato annullamento degli atti illegittimi, introdotta nel 2014⁵⁴ e possibile solo in caso di provvedimenti di amministrazione attiva (che, comunque, dovrebbe sanzionare soprattutto l'adozione del primo atto invalido e non l'emanazione mancata di un atto di autotutela)⁵⁵. Si tratta – a ben vedere – di una previsione enfatica, senza che sia possibile desumere dalla stessa indicazioni sullo statuto del provvedimento o della sua doverosità, in quanto essa può essere intesa come invito al più ad un'attenta ponderazione dell'assetto degli interessi scaturenti dalla decisione originaria prima dell'adozione dell'atto di secondo livello⁵⁶.

⁵² Cons. st., sez. VI, sent. 27 febbraio 2024, n. 1926.

⁵³ Tra le tante, si veda T.A.R. Napoli, sez. VIII, sent. 19 dicembre 2022 n. 7928: “*Il principio del contrarius actus pacificamente applicabile agli atti di autotutela impone che l'adozione dei provvedimenti di secondo grado debba seguire lo stesso procedimento dell'atto su cui si incide*”.

⁵⁴ Tale precisazione è stata disposta dall'art. 25 d. l. 133 2014, convertito in l. 164 2014.

⁵⁵ C. DEODATO, *Il potere cit.*, p. 11-12.

⁵⁶ A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, p. 161.

Ciò che, invece, non è tramontato della concezione tradizionale è la connotazione dei provvedimenti di questo tipo nel novero di quelli ad elevatissima discrezionalità⁵⁷ (da cui consegue la necessità di garantire alla loro base un procedimento aperto alla partecipazione). Altro carattere persistente è l'assenza di un dovere delle P.A. di prendere in considerazione le richieste dei privati volte a stimolare l'attivazione del potere di autotutela⁵⁸, perché contraria alle esigenze di certezza cui risponde il ristretto termine di decadenza dell'impugnazione dei provvedimenti.

C'è da dire che l'attenzione della dottrina dopo la riforma si è concentrata proprio su una possibile doverosità dei procedimenti a monte di simili provvedimenti, in conseguenza di alcune modifiche normative⁵⁹. Tali indizi non sono stati però ritenuti sufficienti a superare il tradizionale carattere del fenomeno dell'autotutela, collegato alla funzione di cui il potere è espressione e che ne permette un esercizio successivo sulla base della necessità continua di cura del pubblico interesse e non certo delle sollecitazioni dei privati.

Si può sostenere che le ultime riforme hanno, pertanto, tracciato un binario speciale lungo cui il potere discrezionale resta incanalato e predeterminato, in un difficile tentativo di ridurre il privilegio, di cui l'istituto resta espressione, e di configurarne una presenza eccezionale⁶⁰. Di

⁵⁷ Sfuggono a questa qualificazione i casi di esercizio doveroso dell'autotutela, enucleati soprattutto in relazione alle ipotesi di intervento su atti che comportino indebito esborso di risorse pubbliche, in cui viene curato un interesse non disponibile delle P.A.

⁵⁸ Malgrado i dubbi affiorati periodicamente in dottrina sul punto, la non coercibilità da parte del privato dell'autotutela è stata affermata di recente dal Giudice delle Leggi – seppur con riferimento al settore tributario – con considerazioni valevoli per tutte le branche dell'ordinamento; si veda C. cost., sent. 13 luglio 2017, n. 181.

⁵⁹ Esse erano costituite dall'introduzione di un provvedimento semplificato previsto dal secondo periodo dell'art. 2, c. 1 l. 241 1990, dalla presenza di pareri vincolanti di ANAC nel d. lgs. 50 2016 nella originaria versione dell'art. 211 e da un obbligo di non aggravamento del danno erariale previsto all'art. 52, c. 6 del c.g.c. L'eterogeneità di queste norme è un aspetto il quale pare invero scoraggiare la possibilità che dalle stesse si possa ricavare in modo unitario un vincolo delle P.A. sia nell'avvio che nell'esito dei procedimenti volti all'annullamento d'ufficio. Contro la tesi della doverosità dell'annullamento d'ufficio si veda il convincente lavoro di N. ACQUARELLI, *Contro la doverosità dell'annullamento d'ufficio*, in *Dir. pubbl.*, 2022, p. 371 ss.

⁶⁰ Pertanto, la previsione positiva dell'annullamento d'ufficio costituirebbe “*una norma non più meramente dichiarativa di un principio generale immanente nell'ordinamento, ma costitutiva di un potere eccezionalmente attribuito alla p.a. e che dipende, pertanto, nella sua*

conseguenza, ora si tende ad affermare che i poteri di autotutela hanno raggiunto una conformazione autonoma dagli originari poteri di adozione dei provvedimenti di primo livello⁶¹.

Per corroborare tale conclusione, si è convincentemente sottolineato che la fonte del potere di autotutela è all'attualità costituita dalla l. 241/1990: ciò rende lo stesso trasversale, a differenza del potere correlato agli interessi pubblici oggetto di cura nel primo provvedimento, previsto in disposizioni puntuali⁶². Proprio tale elemento pare la spia più evidente dell'autonomia sopravvenuta dei poteri di secondo livello.

In conseguenza di quest'evoluzione, si è pure affermato che l'annullamento di un provvedimento invalido non dovrebbe essere la soluzione preferibile né quella immediata, in quanto dovrebbe essere comunque valorizzata la possibilità di una conservazione anche solo parziale dell'atto illegittimo in una logica di stabilizzazione dei suoi effetti⁶³.

Se – come detto – la dottrina più recente si è concentrata, soprattutto, sulla doverosità dell'esercizio e sulla possibilità di una sollecitazione all'attivazione dei poteri qui in discorso da parte del privato qualificato⁶⁴, essa ha tralasciato l'approfondimento degli altri aspetti dell'istituto, lasciando da parte in particolare le preoccupazioni sulla garanzia dell'affidamento che avevano portato alle riforme e sul blocco del potere amministrativo⁶⁵.

Alcuni di questi spunti più recenti saranno ripresi in fase critica nel § conclusivo del presente scritto.

Questo è lo statuto generale dell'annullamento d'ufficio, benché esistano disposizioni specifiche che introducono fattispecie del tutto speciali⁶⁶, le quali restano fuori da questo contributo e vengono menzionate

configurazione, dai modi e termini in cui è definito dalla norma di legge", secondo G. TROPEA, *La discrezionalità cit.*, p. 140.

⁶¹ M. TRIMARCHI, *Decisione cit.*, p. 205-210.

⁶² M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità cit.*, p. 186.

⁶³ M. RAMAJOLI, *L'annullamento cit.*, p. 123.

⁶⁴ Tra le opere citate si rinvia per tutte a M. ALLENA, *L'annullamento cit.*

⁶⁵ Per chi scrive questo è, invece, il tratto più interessante del nuovo annullamento d'ufficio, che accomuna la situazione attuale dell'istituto ad altre riforme anche successive della l. 241/1990 (nuovo preavviso di diniego, inefficacia degli atti tardivi), tutte caratterizzate dalla volontà di imporre al potere un rigido spazio di esercizio temporale. Proprio quest'elemento sembra divenuto caratterizzante dell'attuale diritto amministrativo.

⁶⁶ Ci si limita a richiamare l'art. 138 del TUEL, che facoltizza il Governo all'annullamento degli atti illegittimi degli Enti locali in qualunque tempo, e l'art. 39

solo perché il legislatore si è mostrato ben consapevole della possibilità di introdurre ipotesi eccezionali – anche con riferimento all’elemento temporale – a protezione di beni giuridici ritenuti preminenti, quando ha voluto perseguire questa volontà.

Nel quadro dell’evoluzione del tessuto positivo – per centrare il tema del presente contributo, relativo al tempo per l’annullamento d’ufficio di provvedimenti incidenti su beni culturali – va, infine, ricordato che si era levata in dottrina la voce di chi suggeriva al legislatore di introdurre un termine differenziato per l’annullamento di provvedimenti incidenti su interessi sensibili e pari al doppio di quello previsto in caso di conflitto con un interesse pubblico non primario⁶⁷, senza però trovare ascolto.

3. *La sent. n. 8296/2024 del Consiglio di Stato e le ragioni della rimessione alla Corte Costituzionale*

Di recente, la disciplina dell’esportazione dei beni di interesse culturale è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale, che ha riguardato i limiti dell’applicabilità in materia dell’istituto dell’annullamento d’ufficio, grazie ad un provvedimento⁶⁸ di rimessione dell’art. 21 *nonies* l. 241 1990 alla Corte Costituzionale⁶⁹, sul quale pare il caso di soffermarsi⁷⁰.

del TUED che facoltizza la Regione all’annullamento entro 10 anni dall’azione dei provvedimenti in materia di edilizia adottati dai Comuni in contrasto con le normative in materia.

⁶⁷ M. A. SANDULLI, *Autotutela cit.*, p. 6; E. FOLLIERI, *Interessi cosiddetti sensibili e interessi allo sviluppo economico*, in www.giustamm.it, 2016.

⁶⁸ Cons. st., sez. VI, sent. 16 ottobre 2024, n. 8296. Per un primo commento alla sentenza non definitiva qui in esame si vedano: F. CAMPOLO, *Attestato cit.*; G. CALABI, C. RIBONI, *Dopo il caso Bassano: annullamento in autotutela di attestati di libera circolazione di opere d’arte*, in *Arte e Diritto*, 2024, p. 463, che si segnala per un’approfondita ricostruzione della giurisprudenza in materia.

⁶⁹ Della disposizione è messa in dubbio la coerenza con gli artt. 3, 9, 97 e 117 Cost., 1 c. (quest’ultimo quale norma interposta con riferimento alla Convenzione quadro del Consiglio d’Europa sul valore dell’eredità culturale per la società, c.d. Convenzione di Faro) “nella parte in cui, a fronte di un provvedimento a carattere autorizzativo (quale, nel caso di specie, l’attestato di libera circolazione di un’opera) ma incidente su un interesse sensibile e di rango costituzionale come la tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, prevede, per l’adozione del provvedimento di annullamento, il rispetto di un limite temporale fisso di dodici mesi (e non, invece, il rispetto del termine flessibile “ragionevole” previsto in generale dalla medesima disposizione)”.

⁷⁰ Tra la stesura e la pubblicazione delle presenti note è stata depositata C. cost., sent.

Nel 2015 il proprietario di un quadro risalente al secolo XVI e di valore stimato di € 65.000,00 ottiene dal competente Ufficio periferico del Ministero della Cultura un attestato di libera circolazione del bene all'estero. Il dipinto viene successivamente venduto e dal 2019 si trova in esposizione alla National Gallery di Londra, a cui l'ha concesso in comodato il nuovo proprietario.

Sempre nel 2019, proprio a seguito della maggiore visibilità del quadro, viene proposta l'attribuzione della pittura a Giorgio Vasari, in quanto l'opera viene identificata ne "L'allegoria della Pazienza" del maestro aretino, anche alla luce di un'indicazione – "*diuturna tolerantia*" – presente sulla tela, che costituiva la divisa del committente. Essa avrebbe permesso di superare l'originale identificazione della tela vasariana in un altro quadro, sito alla Galleria palatina di Palazzo Pitti.

Tale scoperta ha condotto la Direzione Generale Archeologia Belle Arti e Paesaggio del Ministero della Cultura all'adozione di un provvedimento in autotutela, emanato nel novembre 2021, sul presupposto che l'originaria autorizzazione fosse viziata per travisamento dei presupposti di fatto. Un elemento – che si aggiunge al cattivo stato di conservazione del manufatto, il quale ne aveva impedito l'attribuzione all'autore delle Vite sino al restauro successivo all'espportazione – alla base dell'annullamento è la circostanza che nella richiesta dell'attestato l'originario proprietario avesse taciuto la parentela tra la moglie ed il committente del dipinto, l'ecclesiastico Minerbetti. Quest'aspetto viene utilizzato dalla P.A.

26 giugno 2025, n. 88, che ha sostanzialmente ritenuto non fondate le questioni sollevate dal Giudice amministrativo d'appello. La sentenza è una decisione assolutamente pregevole e convincente, come sottolineato dalla dottrina che se ne è occupata, e si candida a divenire punto di riferimento per l'individuazione dello statuto dell'autotutela eliminatoria. Si vedano a commento: A. CARBONE, *Considerazioni cit.*; C. RAMOTTI, *Il "tempo" dell'annullamento d'ufficio tra normativa primaria e interessi di rango costituzionale: la tutela del patrimonio culturale*, in www.federalismi.it, 2025; F. VOLPE, *Medesimo potere, medesima funzione o nessuna delle due?*, in www.giustiziasieme.it, 2025; G. STRAZZA, *La Corte costituzionale definisce i limiti dell'annullamento d'ufficio*, *ibidem*; F. 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*, in *Nuove Aut.*, 2025, p. 317 ss.; S. CASILLI, *Autotutela, affidamento e interessi sensibili: la Corte Costituzionale si pronuncia sulla legittimità del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21 nonies L. 241/1990*, in www.giustiziasieme.it, 2025; M. R. CALDERARO, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'interesse culturale*, *ibidem*. Al pronunciamento saranno dedicate alcune considerazioni al § 5 del presente scritto. Le sentenze del Giudice delle leggi citate nel presente scritto sono in libera consultazione al sito www.cortecostituzionale.it.

per superare il limite temporale dei 12 mesi dall'adozione del primo provvedimento per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio⁷¹.

Dopo l'atto di autotutela, viene avviato anche il procedimento per la dichiarazione dell'interesse storico ed artistico del bene e si dispone l'ordine di rientro in Italia del dipinto.

Tutti questi atti vengono impugnati sia dall'originario che dall'attuale proprietario con distinti ricorsi, entrambi respinti dal TAR del Lazio. Le sentenze di prime cure vengono contestate innanzi al Consiglio di Stato, che in prima battuta dispone la riunione degli appelli e poi pronunzia la sentenza non definitiva oggetto della presente nota.

Il profilo di gravame, su cui merita in questa sede concentrare l'attenzione, è quello inerente alla lamentata violazione da parte del Ministero della Cultura dell'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo, nella parte in cui limita oggi a 12 mesi il termine per l'adozione di un atto di annullamento d'ufficio in caso di provvedimenti autorizzatori ed attributivi di vantaggi economici. In particolare, viene contestata l'inapplicabilità di questo sbarramento temporale all'attività provvedimentale posta in essere dal Dicastero e, comunque, si rileva che nel caso di specie non si sarebbe davanti ad un falso – seppur non penalmente rilevante – capace di superare questo limite. In effetti, la provenienza del quadro dalla collezione della moglie del proprietario non costituiva un elemento obbligatorio da inserire nell'istanza di rilascio di attestato di libera circolazione e, comunque, *ex se* non sarebbe stata capace di portare all'attribuzione dell'opera al Vasari, esclusa sino al 2019 e superata grazie a considerazioni di natura iconografica senza riferimento alla committenza. Il proprietario stesso ignorava la vera paternità del quadro ed il suo conseguente, effettivo valore.

Tale rilievo sembra immediatamente fondato al Consiglio di Stato, che non ritiene sussistenti né dichiarazioni mendaci accertate in sede penale, né una falsa rappresentazione dei fatti. In particolare, la mancata indicazione della provenienza del bene non ha rilievo giuridico, in quanto non costituisce un'informazione necessaria per il rilascio dell'attestato e

⁷¹ L'applicabilità di questo limite ai provvedimenti di attestazione non è pacifica in giurisprudenza (almeno in prime cure) perché ne viene contestata la riconducibilità al *genus* autorizzazioni. Si veda, in senso contrario, T.A.R. Roma, sez. II *quater*, sent. 16 ottobre 2018, n. 10018.

non era esigibile dal proprietario una descrizione puntigliosa del quadro, pur nella possibile ambiguità dell'attribuzione dell'opera al Vasari.

Il Giudice d'appello, pertanto, solleva d'ufficio una questione di legittimità costituzionale della richiamata disposizione della legge sul procedimento amministrativo nella parte in cui non introduce in presenza di interessi sensibili – qual è quello alla tutela del patrimonio culturale – un'eccezione al limite temporale rigido per l'adozione di atti di autotutela e non permette anche in via interpretativa l'individuazione di un termine flessibile, purché ragionevole.

In caso contrario, il semplice decorso del tempo frustrerebbe l'interesse alla tutela del patrimonio culturale, perché permetterebbe di autorizzare l'esportazione “*di un capolavoro dell'arte italiana come un mero dipinto di scuola*” (§ 8 della sentenza base delle presenti riflessioni).

Dopo un'osservazione sulla possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale con provvedimenti diversi da un'ordinanza purché non definitivi, la sentenza evidenzia la rilevanza della questione perché nel caso di specie si applica il termine rigido ostativo all'annullamento d'ufficio, con conseguente fondatezza del gravame: tale situazione è superabile solo attraverso una sentenza del Giudice delle leggi.

In caso di applicazione di un termine flessibile, sarebbe invece necessario scrutinare tutti i profili di fatto evidenziati dalle difese delle parti per verificare la ragionevolezza dei tempi di risposta della P.A.

Secondo il Giudice rimettente, la rigidità temporale del potere di annullamento contrasta con il principio di eguaglianza, in quanto applicabile a tutti i provvedimenti autorizzatori la cui latitudine è quantomai ampia e che possono incidere anche su beni di rango primario⁷², tendenzialmente superiori all'affidamento del privato che resta di dimensione individuale.

Inoltre, un'impostazione tanto inflessibile del termine eliderebbe la discrezionalità, di cui i provvedimenti in materia di protezione dei beni culturali sono tradizionalmente ritenuti espressione e che li rende capaci di effettuare il migliore bilanciamento tra i vari interessi di volta in volta coinvolti negli affari amministrativi.

Ciò costituirebbe un fattore impeditivo al raggiungimento sia delle

⁷² La sentenza ricorda come nella giurisprudenza costituzionale (cfr. C. cost. sent. 27 giugno 1986, n. 151) la tutela del patrimonio storico artistico sia stata identificata quale valore primario ed espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento.

finalità indicate all'art. 9 Cost. che del buon andamento, che potrebbero essere meglio tutelati in caso di ripristino di un termine mobile.

L'opportunità di reintrodurre questo meccanismo rispetto alla tutela del patrimonio culturale è anche sollecitata con riferimento di nuovo alla natura individuale dell'affidamento ed al fatto che nella giurisprudenza comunitaria⁷³, dove tale principio ha trovato la sua matrice, viene riconosciuta la sua applicazione elastica.

Inoltre, viene rammentato il tradizionale inquadramento dei poteri di autotutela nella dottrina italiana (su cui *amplius supra* § 2), che li vede a metà strada tra espressione dell'amministrazione attiva e funzione giurisdizionale, ma comunque serventi alla cura del pubblico interesse. Sul punto c'è un passaggio del provvedimento qui in commento che pare assai interessante all'estensore della presente nota: la previsione di un limite rigido all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio introdurrebbe una preclusione alla spendita dei profili di capacità speciale autoritativa della P.A., in occasione del riesercizio del potere originario. Su tale considerazione ci si soffermerà nel paragrafo conclusivo dello scritto.

Inoltre, la sentenza individua un elemento di contrasto tra il regime previsto dall'art. 21 *nonies* e la presenza nella disciplina di altri istituti presenti nella l. 241 1990 (silenzio assenso, scia, conferenza di servizi, silenzio assenso tra Amministrazioni) di un trattamento differenziato, quando i poteri amministrativi intercettano un interesse sensibile anche in materia di beni culturali.

Su tale aspetto non incide la deroga al rispetto del termine annuale in caso di dichiarazioni mendaci o costituenti una falsa rappresentazione, che escludono l'affidamento e non sono in grado coprire ipotesi ambigue come quella in rilievo nel caso *de quo*.

Un'ulteriore considerazione è collegata al vincolo alla discrezionalità legislativa in materia, derivante da atti sovranazionali inerenti alla tutela dei beni artistici (il riferimento è alla già citata Convenzione di Faro del Consiglio d'Europa del 2005⁷⁴, individuata quale parametro interposto *ex art.*

⁷³ C. giust. UE, sent. 17 aprile 1997 in causa C-90/95, *Decompte*. Le sentenze dei Giudici europei citate nel presente scritto sono in libera consultazione al sito curia.europa.eu.

⁷⁴ Su questo Trattato si veda almeno P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in www.federalismi.it, 2017; è il caso di sottolineare immediatamente che la fonte ha valore quadro e natura promozionale di un "common heritage of Europe".

117, 1 c. Cost., anche se sono numerose – e forse più calzanti – le fonti sovranazionali in materia non citate nella sentenza in commento su cui *amplius supra* § 1), che impongono una responsabilità dei pubblici poteri alla protezione di tali oggetti.

Un ultimo aspetto preso in esame dal provvedimento ha a che fare di nuovo con la discrezionalità tecnica, di cui i provvedimenti che incidono su beni culturali sono espressione: i limiti temporali all'esercizio del potere amministrativo non sono in grado di consentire che le decisioni amministrative restino al passo con l'evoluzione delle conoscenze settoriali alla base dell'attribuzione di un'opera d'arte e siano calibrate con il momento dell'emersione effettiva del profilo di illegittimità. Anche questo sembra un elemento interessante, idoneo ad inquadrare meglio il tipo di provvedimento sindacato nel caso concreto, altro aspetto su cui si tornerà nelle conclusioni dello scritto.

4. *La discrezionalità del legislatore tra vincoli sovranazionali e disciplina dei poteri amministrativi di autotutela di tipo demolitorio*

È ora possibile operare qualche considerazione finale, in cui si cercherà di far dialogare con il provvedimento giurisdizionale di cui al § precedente le elaborazioni dottrinali sull'annullamento d'ufficio e l'inquadramento positivo dei provvedimenti di autorizzazione all'esportazione di cose d'arte (la cui contestazione in giudizio non è affatto infrequente).

La sentenza non definitiva si segnala immediatamente per una peculiarità: la giurisprudenza della VI sezione del Consiglio di Stato rispetto alle autorizzazioni per l'esportazione aveva in precedenza sempre ritenuto applicabile senza problemi il limite rigido all'annullamento d'ufficio⁷⁵.

Il *revirement* operato con il provvedimento qui in esame risulta quanto mai inatteso.

La decisione presenta un secondo aspetto di obbiettivo interesse: essa riafferma la necessità di valorizzare nell'art. 9 Cost. la sua dimensione – originaria e di matrice estetico-culturale – di tutela del paesaggio e

⁷⁵ Si veda tra le più recenti Cons. st., sez. VI, sent. 21 novembre 2023, n. 9962, la quale ha richiamato la P.A. in virtù delle sue elevate conoscenze specialistiche ad un'istruttoria assai puntuale nella fase di rilascio del primo provvedimento anche per evitare che il privato maturi un affidamento.

del patrimonio artistico. Tale esigenza si è annacquata – anche in dottrina – a seguito della riforma della disposizione costituzionale, in cui – come noto – nel corso della XVIII legislatura è stato inserito attraverso la l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1 uno specifico comma dedicato *ex professo* alla protezione dell’ambiente⁷⁶, ed all’accentuazione – da parte di fonti sovranazionali – dell’obiettivo della transizione ecologica⁷⁷, con forte impatto programmatico/promozionale sui sistemi giuridici nazionali impegnati alla realizzazione di un’ancor più “futuribile” economia circolare.

Da tali sviluppi è stato arguito un possibile ruolo sovraordinato del bene giuridico ambiente rispetto alla tutela del paesaggio e dei beni culturali: il provvedimento in esame non solo richiama alla necessità di protezione di questi ultimi, ma rappresenta anche un monito a che nel diritto pubblico non sia assolutizzata una protezione monodirezionale di alcuni valori a scapito di altri, ma sia sempre consentito un bilanciamento tra gli interessi coinvolti nelle vicende amministrative⁷⁸.

Tale puntualizzazione sembra opportuna anche perché altrimenti i poteri tutori delle Amministrazioni correlati ai prodotti artistici sarebbero particolarmente ristretti, in quanto contenuti, da un lato, dalle esigenze di tutela dell’ambiente e, dall’altro, dall’affidamento visto (in modo contraddittorio con lo schema costituzionale di valorizzazione del prefato e contrapposto bene giuridico) soprattutto come funzionale allo sviluppo economico.

Un terzo elemento introduttivo merita, infine, di essere segnalato: la regolazione sovranazionale dei beni artistici designa una preminenza dell’interesse tutelato, che però risulta accompagnato da una disciplina espressa in chiave derogatoria anche da un punto di vista temporale. Tale specificazione non risulta presente, invece, nel testo della l. 241 1990 o nel Codice dei beni culturali: si deve ritenere che ciò costituisca una precisa scelta del legislatore nazionale.

⁷⁶ Sull’interpretazione della riforma costituzionale si rinvia per tutti a F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico*, Torino, 2024.

⁷⁷ Il riferimento è soprattutto al c.d. *Green New Deal europeo*, che ha un forte impatto di indirizzo sull’attività dei pubblici poteri. Rispetto a tale innovativa modalità regolatoria si veda almeno D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 297 ss.

⁷⁸ In questa direzione con riferimento ai rapporti tra ambiente e paesaggio si veda F. ALBIONE, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Riv. giur. ed.*, 2023, p. 231 ss.

Tale omissione – comunque la si consideri – costituisce un aspetto importante per un inquadramento prospettico del quesito del Giudice amministrativo d'appello⁷⁹.

Rispetto ai succitati suggerimenti dottrinari di introduzione di un termine differente per l'annullamento d'ufficio in caso di interessi sensibili⁸⁰, inoltre, il Consiglio di Stato si spinge più avanti sia perché fa riferimento ad un generico termine ragionevole sia perché ritiene che si possa fare a meno dell'intervento del legislatore.

Concentriamoci ora sui tre aspetti, che già nel § 3 erano stati segnalati come i più interessanti della sentenza qui in esame.

I. Il Consiglio di Stato ha affermato che la previsione di un limite rigido all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio introdurrebbe una preclusione alla spendita dei profili di capacità speciale autoritativa della P.A., in occasione del riesercizio del potere originario. Ebbene, sembra a chi scrive che tale notazione – unitamente alla qualificazione dell'autotutela come strumento a metà strada tra Amministrazione attiva ed Amministrazione contenziosa – non sia più coerente con il quadro normativo e risponda a concezioni tratte non più attuali. Nell'attuale conformazione ordinamentale, come evidenziato nel § 2, l'annullamento d'ufficio ha assunto la conformazione di potere differente da quello originario⁸¹. Pertanto, pare che non possa parlarsi di una preclusione all'esercizio di una generica capacità speciale della P.A., ma piuttosto di limiti legislativi ad un potere oramai specifico e divenuto esauribile per il mero decorso del tempo: questo rende problematica la stessa base concettuale della questione di costituzionalità.

II. A chi scrive sembra, però, che sia muovibile un'ulteriore osservazione – ancora più radicale – alla sentenza: il provvedimento emanato dal Ministero non dovrebbe essere un annullamento d'ufficio, ma una revo-

⁷⁹ Non a caso tale argomentazione appare al § 3.5 della sent. n. 88/25 tra quelle che militano per la non fondatezza della questione di legittimità.

⁸⁰ Il riferimento è agli Autori citati alla nota 64.

⁸¹ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità cit.*, pp. 178-206. La sottolineatura della natura diversa del potere di annullamento d'ufficio rispetto al potere originario si trova in modo stentoreo nella citata sentenza del Giudice delle leggi n. 88/25, la quale ha evidenziato come nel procedimento di riesame rilevino non tanto l'interesse pubblico alla base dell'attribuzione del potere quanto anche gli interessi ulteriori – pubblici e privati – che potrebbero militare per una permanenza dell'assetto derivante dal primo provvedimento.

ca⁸² – per quanto “mascherata” – motivata su una sopravvenienza di fatto imprevedibile al momento dell’emanazione del primo provvedimento, cioè sull’attribuzione del dipinto a Vasari⁸³.

Invero, aver qualificato da parte della P.A. – con attribuzione non contestata né in primo, né in secondo grado⁸⁴ – come invalida *ab origine* per travisamento dei presupposti di fatto l’attestazione alla circolazione è esclusivamente funzionale ad una portata retroattiva del provvedimento di secondo livello⁸⁵, in modo da travolgere *recta via* anche l’alienazione del

⁸² Su quest’istituto resta centrale M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell’affidamento*, Torino, 1999, cui aggiungere – per un aggiornamento reso necessario solo dall’evoluzione del quadro positivo – M. IMMORDINO, M. C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5210 ss.; M. SINISI, *Il potere cit.*, pp. 339-340; F. COSTANTINO, *Art. 21 quinquies*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 755 ss.; A. GUALDANI, *Verso cit.*

⁸³ Richiama l’attenzione sui rischi connessi ad un uso improprio degli istituti dell’autotutela eliminatoria al solo fine di limitare le tutele del privato anche indennitarie o risarcitorie per comportamento lontano da buona fede M. RAMAJOLI, *L’annullamento cit.*, p. 118.

⁸⁴ Tralasciando il potere di qualificazione del Giudice dell’atto gravato secondo il suo contenuto dispositivo a scapito del nome datogli dalla P.A., pacifico secondo la giurisprudenza tralatizia: “*Il nomen iuris attribuito dall’Amministrazione ad un proprio atto o ad un proprio provvedimento non vincola il Giudice adito, che può riquificarlo*”, Cons. st., sez. IV, sent. 7 dicembre 2015, n. 5570.

⁸⁵ G. FALCON, *Questioni cit.*, p. 25, aveva ipotizzato la possibilità di un annullamento d’ufficio solo parzialmente retroattivo con effetti modulabili nel tempo dalla P.A.; tale suggerimento non è stato colto dal legislatore. È noto che il G.A. ha iniziato a modulare l’efficacia retroattiva delle proprie sentenze di annullamento. Si veda tra le tante Cons. st., sez. VI, sent. 6 aprile 2018, n. 2133 : “*In generale, il giudice amministrativo — anche in sede di cognizione — può comunque determinare se, nel caso di fondatezza delle censure poste a base di una domanda di annullamento, sussistano i presupposti per applicare il principio generale per il quale l’atto illegittimo vada rimosso con effetti ex tunc, oppure vada rimosso con effetti ex nunc, ovvero l’atto stesso non vada rimosso, ma debba o possa essere sostituito, con un ulteriore provvedimento, a sua volta se del caso avente effetti ex nunc. Anche in considerazione del principio di effettività della tutela del ricorrente vittorioso (richiamato dall’art. 1 del c.p.a.), in rapporto alla consistenza dei poteri comunque esercitabili dall’Amministrazione a seguito della rilevata illegittimità del suo provvedimento, il giudice amministrativo — con la sentenza di cognizione o d’ottemperanza — nell’esercizio dei propri poteri conformativi e se del caso di merito può determinare quale sia la regola più giusta, che regoli il caso concreto. Tale ampio potere del giudice amministrativo deve però tenere conto della normativa applicabile nella materia in questione e non deve condurre a conseguenze incongrue o asistematiche*”. Tale meccanismo ha trovato l’avallo anche della composizione di vertice del G.A., in Cons. st., ad. pl., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18. Non sembra a chi scrive che ciò giustifichi un

quadro al soggetto straniero che ora ne è divenuto proprietario⁸⁶. Tutti questi effetti sarebbero esclusi in caso di revoca, la quale – se non soggiace ad una limitazione temporale precisa in ordine al momento della sua adozione⁸⁷ – è irretroattiva e prevede la corresponsione di un indennizzo⁸⁸, difficilmente negabile nel caso di specie.

Quindi, più che l'insufficienza per la protezione dei beni culturali derivante dall'esistenza di un limite temporale rigido all'annullamento d'ufficio, ciò che rende questo tipo di provvedimento non soddisfacente per il Consiglio di Stato è, a ben vedere, il fatto che il suo statuto si basi solo su un'illegittimità originaria. Ciò comporta una vistosa differenza con la disciplina della revoca, che è più elastica, basata (come nel caso qui in esame) sulle sopravvenienze, e tuttavia non ha portata retroattiva⁸⁹ ed è anche connotata da una tutela per il privato superiore rispetto a quanto previsto dall'art. 21 *nonies* (e ciò a ragione proprio dell'assenza di illegittimità originaria della prima decisione).

L'individuazione di questo *punctum dolens* del ragionamento della sentenza qui in esame è rinforzata anche da una comparazione con il diritto europeo, in cui è possibile intervenire sui soli atti invalidi con un provve-

parallelismo con un innominato potere di annullamento d'ufficio anche solo in parte *ex nunc*.

⁸⁶ B. MASTROPIETRO, *Vendita cit.*, p. 245 assimila la situazione del bene a cui è stata annullata l'attestazione a quello illecitamente portato fuori dal territorio nazionale, circostanza che permetterebbe di superare la buona fede del secondo proprietario a cui potrebbe spettare solo un indennizzo in caso di acquisto in buona fede e che non potrebbe sottrarsi al dovere di consegna del bene all'autorità nazionale competente che poi provvederà alla restituzione all'Italia.

⁸⁷ A. GUALDANI, *Verso cit.*, pp. 60-62 effettua considerazioni condivisibili sull'opportunità di introdurre anche per la revoca una limitazione temporale.

⁸⁸ L'osservazione sulla mancanza di indennizzo si legge anche in B. MASTROPIETRO, *Vendita cit.*, p. 240, che collega in caso di dichiarazioni decettive del privato la possibilità di intervento tardivo della P.A. sul proprio precedente attestato alla disciplina del danno lungolattente, caso in cui il termine di prescrizione si avvia solo quando emerga il comportamento generatore di pregiudizio. Sostanzialmente, tale proposta ha come esito l'introduzione di un termine mobile di calcolo del termine di 12 mesi, con problematica coerenza con il quadro positivo.

⁸⁹ Di nuovo A. GUALDANI, *Il tempo cit.*, pp. 13-15, motiva la necessità di introdurre un limite temporale anche per l'adozione di atti di revoca stavolta anche in considerazione del fatto che la previsione di un indennizzo non è ritenuta sufficiente a tutelare l'affidamento degli amministrati.

dimento – definito dai Giudici di quell’ordinamento come revoca – dagli effetti temporali modulabili⁹⁰.

Si comprende che in questo ragionamento pesi particolarmente ed in modo corretto la preoccupazione sulla validità dell’atto di disposizione del quadro tra privati in dipendenza del provvedimento illegittimo (e per superare il quale risulta necessario un atto con effetti *ex tunc*).

Se la cessione del bene non è comunque opponibile alla P.A., la sorte del contratto di vendita in caso di annullamento d’ufficio dell’attestato è condizionata – secondo la dottrina – o ad un’impossibilità sopravvenuta della prestazione o al venir meno di un elemento presupposto, con possibilità di recesso dell’acquirente. Questo ragionamento vale solo nel caso di mancata pattuizione di una condizione risolutiva espressa in caso di annullamento dell’attestato⁹¹, di cui nulla si sa nella vicenda sottoposta al Consiglio di Stato.

Non stupisce che già in passato ci si fosse interrogati su quest’aspetto: in effetti, la limitazione alla retroattività dell’annullamento ai soli atti di esportazione non compiuti aveva costituito un’ipotesi dottrinarie al fine di evitare incertezze giuridiche mortificanti il destinatario dell’attestato ad oggetto plurimo⁹².

III. In conseguenza dell’assenza di precettività della Convenzione di Faro risulta complicato ritenere che da essa discenda un limite alla discrezionalità del legislatore⁹³ ed è peculiare che nella sentenza non siano stati considerati gli altri Trattati internazionali e le fonti di diritto UE – indicati nel § 1 e pacificamente dotati di portata precettiva – in cui si individuano tempi piuttosto ampi per le iniziative di recupero di beni culturali esportati in modo illegittimo all’estero per giustificare una sentenza manipolativa del testo di legge.

⁹⁰ Su tale conformazione di quello che secondo il diritto nazionale sarebbe un annullamento d’ufficio si veda M. SINISI, *Il potere cit.*, pp. 342-345.

⁹¹ B. MASTROPIETRO, *Vendita cit.*, p. 250.

⁹² G. BARONE, *Autotutela cit.*, p. 695, suggerimento valorizzato da M. RAMAJOLI, *L’annullamento cit.*, p. 117 che propone una limitazione proporzionale al principio di retroattività degli effetti dell’annullamento d’ufficio basata sulle peculiarità dei singoli casi.

⁹³ P. CARPENTIERI, *La Convenzione cit.*, p. 14. C. cost., sent. 26 giugno 2025, n. 88 ritiene il profilato contratto con la Convenzione di Faro non ammissibile, in quanto il Giudice *a quo* non avrebbe motivato la ragione della confliggenza tra la fonte sovranazionale e la disciplina statale. A ben vedere, è proprio il carattere di norma quadro della Convenzione ad inibire qualsiasi motivo di contrasto attuale.

Ma l'omissione risulta spiegabile con una considerazione semplice: le fonti dimostrano che il legislatore ha la possibilità di inserire termini diversi per il potere di annullamento con riferimento ai beni culturali, ma non l'ha fatto all'art. 21 *nonies*. Tale notazione potrebbe risultare esiziale per la sorte della questione di costituzionalità.

Dalla scelta del legislatore emerge forse un'ultima "pecca", implicita nel ragionamento del rimettente: è possibile che il Giudice delle leggi si sostituisca al legislatore su un aspetto così specifico?

Il carattere ancipite dell'istituto – ancora riscontrato dal Consiglio di Stato – potrebbe inquinare pure in questo senso i limiti tra poteri dello Stato⁹⁴.

Anche in una delle più recenti letture dell'annullamento d'ufficio esso è stato avvicinato ad un meccanismo di ADR, in una marcata interpretazione dello stesso come mezzo paragiurisdizionale derivante dalla sottolineatura di un affermato carattere doveroso dell'avvio del procedimento di riscontro all'istanza del privato e dei suoi esiti, caratteristica che renderebbe molto simile questa funzione alla giurisdizione⁹⁵.

Tale accostamento risulta particolarmente scivoloso, perché – anche dopo le riforme del biennio 2014 2015 – l'interesse protetto dalla norma resta quello della P.A., non del cittadino, la cui situazione costituisce un elemento che entra a far parte della dinamica dell'esercizio del potere, senza renderlo necessario nel suo avvio o nei suoi esiti. Per lo stesso motivo, sembra complicato accostare – come è stato fatto dalla medesima dottrina – quest'istituto ad una manifestazione di giustizia nell'Amministrazione *ex art. 100 Cost.* Infatti, l'annullamento resta un istituto di amministrazione attiva, senza avere finalità di controllo o di tipo giustiziale.

A prescindere dalla morfologia dell'istituto qui in rilievo, il creazionismo giudiziario in materia di interessi sensibili ha già tradito in almeno una materia le istanze alla base della riforma del 2014 2015.

Proprio il riferimento all'art. 9 Cost. ha, infatti, permesso di introdurre in via giurisprudenziale un onere attenuato sia di motivazione che

⁹⁴ F. LIGUORI, *Questione amministrativa e Corte dei conti*, in *Amministrativ@mente*, 2024, p. 1326 ss., ha di recente sottolineato – sulla scorta della lezione di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023 – come nell'attuale fase istituzionale gli attori istituzionali abbiano la tendenza a recitare la parte altrui (specialmente a scapito delle P.A.), situazione che necessiterebbe di una correzione.

⁹⁵ M. ALLENA, *L'annullamento cit., passim*, che sviluppa e sistematizza alcune considerazioni già formulate da S. TUCCILLO, *Autotutela cit.*

di rispetto del termine di esercizio dell'annullamento d'ufficio e delle garanzie procedurali in tema di protezione del territorio⁹⁶ sul presupposto che la tutela del paesaggio e del territorio avesse ad oggetto valori autoevidenti ed imponesse la repressione degli abusi edilizi quale interesse concreto *in re ipsa*, espressione di un potere esercitabile senza vincoli temporali.

Ora il Consiglio di Stato sembra cercare un avallo dal Giudice delle leggi per trapiantare questa *ratio iudicandi* nel campo della protezione del patrimonio culturale, con superamento dell'elaborazione pretoria (già problematica), che – in presenza di interessi primari, costituiti dalla tutela del territorio – aveva ritenuto possibile un'attenuazione della motivazione e non certo il superamento di una condizione prevista in modo espresso dalla legge.

Questo tentativo, tuttavia, risulta in contrasto proprio con l'evoluzione della normativa di settore, imposta dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dal suo Giudice.

Sul punto, infatti, non si può omettere di ricordare che le limitazioni al termine di esercizio della prelazione culturale, anche in caso di denuncia di vendita irregolare per carenza di alcuni elementi o addirittura omessa, sono state introdotte nell'ordinamento nazionale per renderlo conforme alla sent. CEDU 5 gennaio 2000, la quale – con riferimento a quanto

⁹⁶ Tanto in conseguenza dell'insegnamento di Cons. st., ad. pl., sent. 2017, n. 8. Al punto ii) del principio di diritto affermato dalla massima composizione del Giudice amministrativo d'appello, si legge infatti che: “*l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del ius poenitendi)*”. Questo, si badi bene, pur in assenza di una disposizione di legge speciale in materia di edilizia e nella ritenuta inconfigurabilità di una motivazione *in re ipsa*. Sulla sentenza si vedano: R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2017; L. BERTONAZZI, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 730 ss., che critica la sentenza quale espressione di una politica del diritto volta ad agevolare la repressione degli abusi edilizi, con cortocircuito tra produzione ed interpretazione delle norme; N. POSTERARO, *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, p. 1103B ss.; E. ZAMPETTI, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell'annullamento d'ufficio, ibidem*, 2018, p. 404 ss.

previsto dalla l. 1089/1939 al combinato disposto degli artt. 31, 32 e 61 – aveva ritenuto tale possibilità non coerente con la garanzia della proprietà, a differenza di quanto ritenuto in precedenza dal Giudice delle leggi nella sent. n. 269/1995⁹⁷. La tempestività, la coerenza e la correttezza dell'azione amministrativa sono elementi cardine nel ragionamento del Giudice di Strasburgo al fine di stabilire la liceità del comportamento della P.A.; queste coordinate non potranno non imporsi alla Consulta per individuare una possibile soluzione al caso di specie.

L'accento sul carattere espropriativo che in vicende simili assume l'annullamento d'ufficio – aspetto centrale nel ragionamento del Giudice sovranazionale nella richiamata sentenza del 2000 – è del tutto mancante nel provvedimento di rimessione, benché l'effetto estintivo della proprietà peraltro a carattere retroattivo sia – come poco sopra evidenziato – quello più problematico nella vicenda in rilievo.

Infine, anche l'introduzione – con una sentenza additiva di principio o manipolativa – di un trattamento differenziato per la tutela dei beni culturali non sarebbe sufficiente a sanare il *deficit* di tutela dell'interesse pubblico lamentato nella sentenza, perché esso sarebbe comunque riscontrabile per gli altri interessi pubblici primari e per gli altri provvedimenti di secondo livello in relazione al patrimonio storico-artistico (sicché dovrebbe essere necessaria una totale riscrittura non di una singola disposizione della l. 241/1990, ma dell'intero capo relativo all'autotutela per rispondere alle preoccupazioni del Consiglio di Stato).

Alla luce di tanto, chi scrive si sbilancia a pronosticare una sentenza di infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice amministrativo d'appello.

In assenza di una (prevedibile) risposta positiva della Consulta, toccherà alle Amministrazioni del settore fornire una risposta alle giuste preoccupazioni del G.A., che non possono essere tenute in non cale: in occasione del rilascio delle autorizzazioni risulterà, pertanto, necessaria un'istruttoria particolarmente rigorosa soprattutto in ordine alla verifica del rispetto dei doveri di collaborazione del privato. Proprio un atteggiamento reticente di quest'ultimo, scoraggiabile anche con un ampliamento

⁹⁷ Su questa sentenza si veda M. R. COZZUTO QUADRI, *La prelazione artistica: principi costituzionali e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, p. 11 ss. Le sentenze del Giudice di Strasburgo e della Consulta riguardano la medesima vicenda, il cui oggetto era costituito da un quadro di Van Gogh, *Il giardiniere*.

del novero di informazioni obbligatorie da rendere nel modulo di richiesta dell'autorizzazione all'esportazione (modifica che può avvenire con una semplice rettifica dei *format* necessari per l'avvio di questo tipo di procedimento), potrebbe costituire un elemento utile per superare i problemi posti dalla presenza di un termine rigido all'annullamento d'ufficio, bilanciare in modo coordinato la tensione alla stabilità dei provvedimenti amministrativi con la tutela del patrimonio artistico⁹⁸ e spingere le P.A. competenti ad un'istruttoria ancora più accurata.

5. *La sentenza della Corte Costituzionale n. 88 del 2025*

Tra la stesura del presente contributo e la sua pubblicazione – come anticipato in nota 70 – è intervenuto il deposito della sentenza n. 88 2025 del Giudice delle Leggi. La decisione è stata commentata in modo pressoché unanimemente adesivo in dottrina⁹⁹ e si candida già a diventare un elemento chiave per l'interpretazione del diritto amministrativo e non dell'autotutela nei prossimi anni. Si ritiene di effettuare, a mo' di postilla

⁹⁸ F. CAMPOLO, *Autorizzazione cit.*, pp. 10-11, evidenzia come la sentenza qui in commento sia in linea con le tendenze più recenti dell'ordinamento ad ampliare lo spettro della discrezionalità amministrativa. Tale considerazione sicuramente è corretta e condivisibile. Resta lo scoglio costituito dal fatto che simili iniziative dovrebbero essere prese dal legislatore e non dal Giudice, cosa che impedisce un assetto chiaro e completo della disciplina. Altro rilievo che invece è persuasivo è costituito dalla circostanza che introdurre un termine flessibile dà forse eccessivo spazio alla soggettività dell'operatore amministrativo, la quale si aggiunge alla opinabilità (fisiologica) delle attribuzioni delle opere d'arte, caratteristiche che renderebbero troppo fluttuante il valore delle stesse.

⁹⁹ Tra chi ha espresso un parere dissenziente si segnalano: M. R. CALDERARO, *passim*, *Annullamento cit.*, che ritiene necessario in caso di tutela di beni culturali un termine mobile per l'esercizio del potere di autotutela sul presupposto che la protezione del patrimonio artistico debba fare premio sulle ragioni del mercato; C. RAMOTTI, *Il "tempo" cit.*, *passim*, la quale propende perché siano autorizzati prestiti di opere d'arte piuttosto che cessioni definitive o per una modifica del quadro legislativo che alternativamente aumenti le responsabilità dei funzionari in caso di primo provvedimento illegittimo, introduca termini differenziati per l'annullamento d'ufficio in caso di interessi sensibili o escluda l'operatività del termine ragionevole in caso di illegittimità derivante da comportamenti del privato; F. VOLPE, *Medesimo potere cit.*, *passim*, che ritiene il potere di annullamento vincolato; F. CAMPOLO, *L'insostenibile cit.*, *passim*, che ritiene utile introdurre nel testo dell'art. 21 *nonies* una disciplina specifica in materia di termini in caso di interessi sensibili.

dello scritto, qualche breve considerazione sulla sentenza della Consulta, al fine di suggerire i passaggi che all'estensore di questa nota paiono i più interessanti.

A. La Corte Costituzionale ha dapprima ricostruito – in particolare al § 3 della parte in diritto della sentenza – lo statuto legislativo e giurisprudenziale del potere di annullamento d'ufficio, con specifica attenzione dedicata a come il tempo intervenga su quest'espressione dell'autotutela decisoria. Proprio il riferimento al decorso del tempo – prima generalmente definito come ragionevole e poi oggetto per i provvedimenti autorizzatori ed attributivi di vantaggi economici di una precisa limitazione a 18 ed ora a 12 mesi per un legittimo intervento di annullamento d'ufficio – viene individuato dalla Consulta come l'elemento che ha portato a distinguere tra il potere di primo livello, di cui il primo provvedimento è espressione, ed il potere di secondo livello, che non è più inquadrabile come espressione del medesimo potere già esercitato ma che diviene un potere autonomo e regolato in modo preciso ed autonomo. Tale novella disciplina permette di ritenere esauribile quest'ultimo potere e, soprattutto, individua nel complessivo fenomeno dell'autotutela decisoria uno strumentario istituzionale non più collegato alla tutela del solo buon andamento della P.A. e quindi perenne, ma ontologicamente limitato da tutti gli interessi coagulati a seguito dell'assetto derivante dal provvedimento originario e di conseguenza esercitabile in un tempo dato.

Sostanzialmente, in questa parte della sentenza, Giudici costituzionali valorizzano la presa in considerazione che, a partire dal 2005, l'ordinamento ha dato alla sicurezza giuridica ed all'affidamento del privato. Come è noto, quest'evoluzione ha portato – tra le altre sue conseguenze – ad individuare nel decorso del tempo un fattore di decadenza dal potere di annullamento d'ufficio. Un simile effetto non si riscontra solo nel caso in cui il privato, a causa di suoi comportamenti non in linea con il canone della buona fede, non abbia potuto maturare un affidamento legittimo. A ragione di un simile modo di agire non conforme alla buona fede, il potere amministrativo di intervento si riespande ed il *dies a quo* per il suo esercizio inizia a decorrere dal momento della scoperta delle azioni decettive.

In questo suo *iter* argomentativo, la decisione della Consulta rappresenta una pregevole ed autorevole messa a punto dello statuto del provvedimento qui in discorso, di cui viene tracciato un inquadramento in costante dialogo con la giurisprudenza del Consiglio di Stato.

B. Ma la parte più interessante (a parere di cui scrive) della sentenza è quella che riguarda la nuova conformazione del rapporto tra privato e P.A., che deriva dal riassetto del potere di annullamento d'ufficio.

In questa parte immediatamente successiva a quella sunteggiata nel punto A, la decisione individua nel potere amministrativo non più l'espressione di una supremazia istituzionale e dal carattere inesauribile, ma una situazione soggettiva espressamente conferita e funzionale alla cura degli interessi della collettività di riferimento, che ne costituisce la causa di attribuzione. Il potere amministrativo viene così completamente giuridificato e posto al servizio degli amministrati. Da tale conformazione, derivano anche precisazioni sulle modalità del suo esercizio, che deve caratterizzarsi per il carattere meno invasivo possibile degli interessi dei privati attraverso un procedimento giusto.

Secondo l'estensore del presente atto, questa è la parte più innovativa della sentenza, in cui si vi afferma in modo pieno non solo la logica di servizio, che deve connotare ontologicamente le strutture amministrative in uno Stato democratico, ma anche la preesistenza della società rispetto al pubblico ed il necessario bilanciamento tra interessi primari e secondari, siano essi pubblici o privati, nel raggiungimento dei risultati dell'azione amministrativa¹⁰⁰. Sia consentito osservare che questa connotazione del potere non pare essere stata colta del tutto dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione, sicché la precisazione della Consulta sembra dover essere ritenuta bene accetta.

C. L'affermazione non è, però, confinata solo a considerazioni di teoria generale, ma si presta ad un'immediata applicazione nel caso oggetto di esame da parte della Corte Costituzionale.

Proprio la natura del potere come funzione di servizio alla comunità e lo statuto dei singoli procedimenti amministrativi – che delineano non solo modalità di esercizio del potere, ma criteri di considerazione e di bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti nel loro svolgimento – permettono alla Consulta di sottolineare come la protezione dei beni culturali non deve avvenire attraverso i poteri di secondo livello, ma mediante un corretto esercizio del potere derivante dalla legislazione speciale in materia.

¹⁰⁰ “... proprio in quanto il potere è strumentale, va esercitato nella misura in cui serve al soddisfacimento dell'interesse pubblico ed è proporzionatamente occorrente a tal fine, quindi con il minimo sacrificio dell'interesse del privato, ma anche degli altri interessi pubblici?”.

Il sottotesto di questa precisazione è un chiaro invito alle P.A. – siano esse o meno specializzate – a prendere sul serio il loro ruolo ed a non considerare l'autotutela un comodo sistema per rimediare *ex post* a fattispecie provvedimentali caratterizzate da una non completa considerazione delle circostanze di fatto e degli interessi alla base del singolo problema amministrativo.

Nel *dictum* della Corte Costituzionale, la P.A. non è solo struttura di servizio, ma pienamente responsabilizzata, in quanto viene anche esortata a prendere sul serio i propri poteri ed a valutarne in modo pieno e ponderato i presupposti per il suo esercizio.

Questa forse è la migliore conformazione possibile a cui dovrebbero tendere le strutture amministrative nel nostro ordinamento.

Se in sede di esercizio del primo potere la dovuta attenzione è mancata, non è incongruo che il legislatore – nel definire i presupposti per l'esercizio del potere di secondo grado – conformi lo statuto dell'interesse pubblico in modo diverso da quello presente nel procedimento di primo grado con l'eliminazione di suoi eventuali caratteri di specialità originaria ed una conseguente maggiore protezione degli interessi del privato.

Ciò comporta il rigetto della questione di costituzionalità.

Peraltro, la riduzione del potere discrezionale in caso di suo riesercizio non opera all'improvviso, ma è caratterizzata da tre passaggi:

- nei primi 12 mesi sussiste un interesse rilevante alla tutela del patrimonio culturale, tanto che è possibile una motivazione non particolarmente rinforzata per il ritiro del primo provvedimento;
- in caso di comportamenti decettivi del privato, anche oltre il termine di 12 mesi e sino ad un termine ragionevole la P.A. può comunque intervenire, senza che possa maturare un affidamento a limitarla;
- dopo i 12 mesi ed in assenza di cause che comportino lo sfioramento del termine, se l'atto diventa irretrattabile, persistono comunque le responsabilità a carico di chi ha adottato un provvedimento viziato o non ha avviato in modo tempestivo l'*iter* per il suo annullamento.

In conclusione, la Consulta ritiene che il decorso del tempo consolidi legittimamente gli effetti dei provvedimenti amministrativi anche in caso di interesse pubblici primario; in caso di autorizzazioni alla circolazione all'estero, tanto è avvenuto sia a tutela dell'affidamento del singolo che della tensione della collettività alla sicurezza giuridica, situazioni che fanno recedere la cura di interessi pubblici settoriali in favore sia della tutela del

mercato dei beni culturali che delle attività dei privati, che presuppongono la correttezza dei precedenti passaggi di proprietà delle cose d'arte.

Da questo punto di vista, la soluzione effettuata dal legislatore viene individuata come funzionale anche al principio di buon andamento, visto come stimolo all'efficienza amministrativa e ad un più meditato esercizio dei poteri di primo livello.

Chi scrive ritiene che dalla sentenza della Corte emerge un monito assolutamente condivisibile alla P.A. a diventare struttura di servizio della collettività e responsabile in modo pieno dei propri atti. Questi due modi di essere trascendono il tema dell'autotutela e dovrebbero divenire – al posto del generico riferimento ad una logica di risultato – il carattere distintivo dell'Amministrazione costituzionale.

Abstract

Una recente sentenza non definitiva del Consiglio di Stato, con la quale è stata sottoposta alla Corte Costituzionale una questione di legittimità parziale dell'art. 21 *nonies* l. 241 1990, permette di avanzare alcune ipotesi sui rapporti tra il termine massimo per l'emanazione di un provvedimento di annullamento d'ufficio ed i poteri amministrativi in materia di protezione dei beni culturali.

Per tentare un'analisi prospettica dell'argomento, su cui è intervenuto il pronunciamento dei Giudici di Palazzo Spada, si effettueranno una ricostruzione dell'inquadramento positivo, dottrinario e giurisprudenziale dei provvedimenti incidenti sull'esportazione dei beni culturali e degli atti di annullamento d'ufficio anche in relazione alle vicende specifiche oggetto di causa e, infine, si formuleranno considerazioni sulla risposta del Giudice delle Leggi, individuandone gli spunti più interessanti.

The protection of cultural heritage tested by administrative timeliness:
a special *ex officio* annulment beyond the barrier of time?

A recent non-final ruling of the Council of State, with which a question of partial legitimacy of art. 21 *nonies* l. 241 1990 was submitted to the Constitutional Court, allows us to advance some hypotheses on the relationships between the maximum term for the issuance of an *ex officio* annulment provision and the administrative powers in the field of protection of cultural heritage.

In order to attempt a prospective analysis of the topic, on which the ruling of the Judges of Palazzo Spada intervened, a reconstruction of the positive, doctrinal and jurisprudential framework of the provisions affecting the export of cultural heritage and of the *ex officio* annulment acts will be carried out, also in relation to the specific events and, finally, considerations will be formulated on the response of the Judge of the Laws, focusing on its most interesting points.

Amministrazione e rischio: dall'esperienza dell'anticorruzione all'antiriciclaggio

di Salvatore Esposito

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prospettiva multilivello dell'AML: cenni alle fonti internazionali ed europee. – 3. Ruolo e doveri della pubblica amministrazione nella disciplina nazionale dell'antiriciclaggio. – 4. Il sistema di gestione del rischio di riciclaggio e i limiti del modello «a cascata». – 4.1 Anticorruzione e antiriciclaggio a confronto: analogie e differenze tra mappature, rischi e misure di prevenzione. – 4.2 Verso un modello «induttivo» sorto dalla prassi amministrativa. – 5. Norme di attuazione per la collaborazione attiva degli enti pubblici con l'UIF. – 5.1 Analisi e sintesi degli indicatori di anomalia quali “prime” misure di prevenzione. – 6. Presidi antiriciclaggio e procedimento amministrativo. – 7. Osservazioni conclusive e di sintesi.

1. *Premessa*

Muovendo dall'analisi del ruolo e dei doveri delle pubbliche amministrazioni italiane nell'ambito dell'organizzazione multilivello dell'*anti money laundering* e *counter terrorist financing*¹, il presente studio intende fornire alcuni spunti per l'elaborazione dei sistemi di gestione del rischio di riciclaggio e

¹ L'organizzazione multilivello dell'antiriciclaggio (AML) e antiterrorismo (CFT) si articola nella triplice dimensione internazionale, europea e nazionale: la prima e la seconda sono disciplinate, rispettivamente, da raccomandazioni e convenzioni internazionali, da regolamenti e direttive comunitarie (par. 2); invece, la terza è regolata per legge (par. 3) e, con specifico riferimento alla pubblica amministrazione, da norme interne di *soft law* (par. 4 e 5).

finanziamento del terrorismo, mediante il confronto con il modello anticorruzione², evidenziandone analogie, differenze e specificità³.

I problemi interpretativi e applicativi della normativa italiana⁴, aggravati dalla mancanza dell'atto di indirizzo nazionale sui presidi AML/CFT presso gli enti pubblici⁵, alimentano l'interesse verso la ricerca di

² Siamo al terzo lustro dall'avvio di un indirizzo legislativo di contrasto alla corruzione con importanti effetti innovativi sul volto della pubblica Amministrazione, generalmente identificato con l'avvento di Cantone alla guida della al tempo neonata Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). Pur non essendo questa la sede per un bilancio su tale riforma, può sinteticamente dirsi che se, da un lato, non del tutto infondate sembrano le critiche al vizio della "burocrazizzazione" della nuova disciplina, a causa per esempio della tecnica copia-incolla dei piani anticorruzione, dall'altro deve tenersi conto dei necessari tempi fisiologici per la effettiva presa di coscienza del modello "Cantone" da parte delle Istituzioni, i cui tratti di fondo sono divenuti punto di riferimento anche della regolamentazione post-nazionale. In argomento, v. da ultimo R. CANTONE, *L'anticorruzione: un bilancio tra prevenzione e repressione*, in *Istituzioni del Federal.*, n. 3/2022, pp. 321-350 e R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018.

³ Le vigenti linee-guida per la costruzione del sistema di gestione del rischio di corruzione presso ciascuna pubblica amministrazione sono fornite dall'ANAC: in particolare, nel Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) del 2019, all'allegato 1 recante «Indicazioni metodologiche per la gestione dei rischi corruttivi», in www.anticorruzione.it (par. 4 e 4.1).

⁴ Secondo l'Unità di Informazione Finanziaria, in *Le pubbliche amministrazioni nel sistema di prevenzione del riciclaggio*, *Quaderni dell'antiriciclaggio*, n. 19/2022, spec. pp. 22-26 reperibile in ujf.bancaditalia.it, questi sorgono dalla recente sostituzione degli obblighi della pubblica amministrazione di «segnalazione» (cui erano formalmente assoggettati dal 1991) con quelli di «comunicazione» (dal 2017) di operazioni sospette di riciclaggio o di finanziamento al terrorismo. Tale mutamento terminologico, unitamente al nuovo contenuto delle disposizioni riguardanti enti pubblici (par. 3 e 5) ha comportato alcuni dubbi interpretativi, in sintesi: (i) riguardo l'estensibilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni delle norme a presidio della riservatezza e delle varie forme di responsabilità in caso di comunicazione di operazioni anomale; (ii) circa i poteri-doveri degli uffici di identificare la titolarità effettiva delle operazioni; (iii) infine, sulla delimitazione del campo di applicazione entro cui i doveri di comunicazione devono essere esercitati. Questi ultimi si accompagnano a problemi applicativi, dovuti in breve: (i) alla mancanza di una netta linea di demarcazione tra antiriciclaggio e anticorruzione, settore già di per sé contraddistinto di resistenze amministrative; (ii) all'assenza di atti di indirizzo specifici e puntuali sull'adozione dei presidi antiriciclaggio; (iii) alle non chiare conseguenze sul piano delle responsabilità degli organi amministrativi competenti in caso di mancata attuazione della normativa.

⁵ Cfr. d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, in www.normattiva.it, sulla «Prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e le relative misure di esecuzione», il quale all'art. 10, recante «Pubbliche amministrazioni», comma 3, affida al Comitato di Sicurezza

regole metodologiche per la costruzione di idonei sistemi di prevenzione e contrasto di tali rischi⁶, nell'ottica dell'integrazione con l'azione anticorruzione.

Risulta ancora esiguo il numero di enti pubblici che, in assenza di un

Finanziaria l'adozione delle «linee guida per la mappatura e la valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo cui gli uffici delle Pubbliche amministrazioni, responsabili dei procedimenti di cui al comma 1, sono esposti nell'esercizio della propria attività istituzionale».

⁶ Sulla differenza tra “pericolo” e “rischio” e, nel secondo ambito, tra “rischio sistemico” e “rischio funzionale”, è indispensabile il riferimento a E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2015, pp. 507-526: «Mentre il “pericolo” deriva da eventi che sono, o comunque vengono percepiti, come esterni rispetto ad un sistema o ad un campo di possibilità definiti e quindi in ultima analisi dipende dall'ambiente in cui viviamo (in senso lato), il “rischio” è insito nelle stesse decisioni del sistema e dunque appare congenito al suo funzionamento (...) Una seconda fondamentale differenza posta in luce dalla sociologia è che il concetto di pericolo esprime una mera “possibilità”, anche imminente, ma incerta, mentre il rischio è “contingente”, cioè è un concetto di potenza ed è connesso da uno stretto legame con il presente, come dimostra una per tutte l'esempio del rischio di inquinamento ambientale (...) Ed è per questo che essendo una riduzione dall'universale (pericolo) al particolare (rischio) questo termine è entrato nel linguaggio della sociologia e della stessa economia» e, infine, nel diritto. In tale quadro, quindi: «Mentre il pericolo va temuto, affrontato o esorcizzato, il rischio va essenzialmente prevenuto, come la malattia, l'inquinamento o la disoccupazione, laddove la prevenzione stessa, però, costituisce a sua volta un rischio» (*passim*, p. 515). Invece, la seconda distinzione tra “rischio sistemico” e “rischio funzionale” «chiama in causa la c.d. teoria dei sistemi ed in particolare la differenza tra funzione e struttura del sistema (...) Il rischio ha natura funzionale quando pur toccando uno degli elementi essenziali ai fini della costruzione di un sistema, può essere affrontato validamente mediante l'adozione di misure congiunturali anche permanenti o transitorie, ma comunque tali da non mettere in crisi l'intero sistema (...). Invece il rischio ha carattere sistemico quando vengono a manifestarsi al suo interno uno o più eventi che possono provocare mutazioni essenziali (cioè strutturali) all'intero sistema preso in considerazione» (*passim*, 516-518). Come evidenziato dall'A., la distinzione “sintetica” delle due coppie di concetti esaminati prende le mosse dagli studi sociologici di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci Roma, 2000; N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996, ripresi da P.P. FIORINI, *Il concetto di rischio tra dismisura e sistema*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 3/2005, alla luce dei quali i rischi di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo possono essere letti in entrambi i modi, funzionale o sistemico, a seconda del punto di osservazione. Secondo una prospettiva luhmaniana, questi rischi potrebbero sembrare “funzionali” poiché essi sono legati alle decisioni interne di specifici sistemi nazionali, europei e internazionali (es. bancario, finanziario o amministrativo, come in specie), le autorità preposte prevedono e

modello settoriale come quello previsto per l'anticorruzione, si sono autonomamente dotati di propri sistemi di gestione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo⁷, favorendo una nascente prassi amministrativa, indispensabile per garantire l'effettiva collaborazione attiva nell'ambito dell'organizzazione nazionale ed europea⁸.

Pertanto, l'adozione di misure generali e specifiche di prevenzione dei rischi si rivela necessaria allo svolgimento dei controlli sulla presenza degli «indicatori di anomalia»⁹, per il riconoscimento e la comunicazione di «operazioni sospette» da parte delle P.A. all'Unità di Informazione Finan-

gestiscono questi rischi attraverso apposite procedure operative (dai controlli interni alle segnalazioni di operazioni sospette etc.) e ogni banca, ente privato o pubblico affronta il rischio come parte della propria funzione, tentando di prevenirlo e contrastarlo. Invece, nella visione di Beck, il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo potrebbero apparire «sistemici» poiché transnazionali e oltre i confini convenzionali degli Stati e delle organizzazioni internazionali, e non completamente controllabili con gli strumenti tradizionali, in ragione del carattere emergente e mutevole delle forme adoperate (*crypto, dark web* etc.), potendo minacciare interi sistemi economici, politici e sociali.

⁷ Più precisamente, dai dati forniti dalla Banca d'Italia, nell'ultimo *Rapporto Annuale sull'attività svolta dall'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia*, n. 18/2023, sempre in *uif.bancaditalia.it*, emerge che il numero delle pubbliche Amministrazioni iscritte al Portale informatico «Info-Stat» (*condicio sine qua non* salvo eccezioni per l'attivazione della collaborazione attiva tra enti pubblici e UIF, in quanto atto di formale ingresso nel sistema nazionale antiriciclaggio) si aggira intorno alle quattro centinaia, in un panorama notevolmente più ampio che, come noto, annovera circa otto migliaia di enti pubblici in Italia. A ciò va aggiunto che non tutte le Amministrazioni che hanno istituito «formale» collegamento con la Banca d'Italia hanno poi trasmesso comunicazioni di «operazioni sospette» di riciclaggio, che comunque sono in aumento (da due centinaia nel 2022 a quattro centinaia nel 2023); anzi, più dei tre/quarti non ha ancora utilizzato il predetto portale informatico.

⁸ Sulle buone pratiche adottate dalle pubbliche amministrazioni «virtuose», cioè quelle che hanno compiuto comunicazioni di operazioni sospette dotandosi autonomamente di un proprio sistema di gestione del rischio, anche in assenza delle linee-guida nazionali, cfr. *I doveri antiriciclaggio nella pubblica amministrazione. Un'analisi empirica dei fattori abilitanti svolta nell'ambito della Comunità di pratica degli RPCT*, 2023, reperibile in *www.sna.gov.it*, ossia lo studio realizzato dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA) in attuazione del Quinto Piano d'Azione Nazionale per il governo aperto (5NAP), che si avrà modo di approfondire in seguito (par. 4.2).

⁹ Individuati nelle *Istruzioni sulle comunicazioni di dati e informazioni concernenti le operazioni sospette da parte delle pubbliche amministrazioni*, 2018, *uif.bancaditalia.it*.

ziaria (UIF)¹⁰, ai fini delle successive analisi economiche e delle eventuali trasmissioni degli atti agli organi competenti¹¹.

Sicché, l'assenza di linee-guida nazionali, in uno con l'indirizzo tracciato dall'ANAC¹², fanno sorgere interrogativi in ordine al rapporto di «complementarietà» tra antiriciclaggio e anticorruzione¹³ e rendono neces-

¹⁰ L'UIF è l'autorità nazionale incaricata di prevenire e contrastare il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo, che opera con compiti autonomi all'interno della Banca d'Italia, subentrando all'Ufficio Italiano dei Cambi (UIC); per approfondire il ruolo e i poteri, v. *uif.bancaditalia.it*.

¹¹ Si tratta della Guardia di Finanza (GdF), della Direzione Investigativa Antimafia (DIA) e dell'Autorità giudiziaria.

¹² Cfr. *Piano Nazionale Anticorruzione 2022-2024*, in *www.anticorruzione.it*, che prevede per la prima volta la gestione «congiunta» dei rischi (di corruzione e riciclaggio), come si avrà modo di precisare in seguito.

¹³ Cfr. C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, Cedam, Milano-Padova, 2023; ID. *Anticorruzione e antiriciclaggio: spunti critici*, in *Ambienteditto.it*, n. 2/2023, pp. 77-100 e ID. *Funzione amministrativa e rischio riciclaggio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2023, pp. 367-390, ove il sistema amministrativo antiriciclaggio è ricondotto al più ampio ambito del «diritto del rischio», teorizzato per la prima volta sul piano giuridico da A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, cui seguono ID., *La regolazione giuridica del rischio*, in F. ALICINO, R. MARTINO (a cura di), *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Giuffrè, Milano, 2018, il cui lavoro è ripreso e portato avanti da R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, Cacucci, 2020. In particolare, tale teorizzazione giuridica muove da quella sociologica, come evidenziato da E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, op. cit., p. 515: «Proprio come insegnava Giannini, il diritto positivo deve avere l'umiltà di prendere le mosse da altre discipline ed in particolare da un lato dalla sociologia e dall'altro dalle scienze politiche, per limitarci al campo delle scienze sociali»; più precisamente essa si sviluppa a partire dagli studi di U. BECK, *From Industrial Society to the Risk Society: Questions of survival, Social structure and Ecological Enlightenment*, in M. FEATHERSTONE (a cura di), *Cultural Theory and Cultural Change*, Sage, London, 1992 e ID., *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, 1997, trad. it. di E. CAFAGNA, C. SANDRELLI, Carocci, Roma, 1999, e ancora ID., *La società del rischio. Verso la seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000; e gli studi di N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996. Invece, sui rischi ambientali e per la salute, tra gli studi oramai numerosi, per esemplificazione si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005 e più di recente C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010; B. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Giappichelli, Torino, 2016; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2018; AA.VV., *La società del rischio e il governo dell'emergenza. Le fonti dell'emergenza e prevenzione e precauzione*, Ambienteditto editore, 2020. Sul rischio d'impresa e sulla responsabilità dell'imprenditore, v. per tutti P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità*

sario il tentativo di definizione del nascente modello di gestione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

In questa prospettiva vuole inserirsi il presente contributo, con la tripla finalità di: (i) individuare i caratteri essenziali del modello di gestione del rischio corruttivo; (ii) esaminare i tratti comuni e differenziali rispetto all'anticiclaggio¹⁴; (iii) e, tenuto conto dei limiti di tale modello anticor-

oggettiva, Milano Giuffrè, 1961 e la nota enciclopedica di F. CAVAZZUTI, *Rischio d'impresa*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, Giuffrè, 2000.

Invece, per un'analisi della disciplina e delle molteplici questioni sottese al tema dell'anticorruzione, senza alcuna pretesa di esaustività, nella vastissima letteratura, si v. almeno G.M. FLICK, *Antiriciclaggio, corruzione e ruolo degli intermediari: un'agenda comune*, in D. MASCIANDARO (a cura di), *Antiriciclaggio: la legalità come valore di mercato*, Bancaria editrice, Roma, 2000; a seguito dell'entrata in vigore della legge Severino, v. B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 63 e ss.; S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb. e app.*, 2013, 3, pp. 293-306; F. DI CRISTINA, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, in *Studium iuris*, 2013, 662-671; M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano. Relazione introduttiva*, in *Nuove autonomie*, 2014, pp. 395-413; G.M. FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 2754-2764; F. MARTINES, *La Legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 5/2015, pp. 1-29; P. PIRAS, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Diritto dell'economia*, 2015, 1, pp. 35-48; N. GULLO, *La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana*, in *Riv. dir. e proc.*, 2017, 3, pp. 939-996; A. BARONE, *La prevenzione della corruzione nella "governance" del territorio*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, pp. 571-595; R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018; F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2019, pp. 805-834; G. GALLONE, A.G. OROFINO, *Tra misure preventive e strumenti di contrasto: la via italiana all'anticorruzione*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, pp. 77-88; più di recente, M. RAMAJOLI, A. MARRA, *Università e anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2022; E. CARLONI, *Dove va l'anticorruzione: un bilancio critico a dieci anni dalla legge 190*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2022, pp. 303-317; F. MERLONI, *L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2022, pp. 481-514; da ultimo, AA.VV., *Trasparenza e anticorruzione in sanità*, Franco Angeli, Milano, 2024.

¹⁴ Cfr. nuovamente il PNA 2022-2024 che, prevedendo per la prima volta la gestione «congiunta» dei rischi (di corruzione e riciclaggio), individua tra gli ambiti comuni e di collegamento quello della «identificazione del titolare effettivo», di rilievo centrale sia nel primo ambito, con riferimento al problema del «conflitto di interessi», sia nel secondo alla luce di numerosi indicatori di anomalia regolati l'UIF.

ruzione, delineare gli elementi per la costruzione di efficienti sistemi anti-riciclaggio a tutela dell'amministrazione, secondo la ormai positivizzata logica di risultato.

In altre parole, in base a una lettura *de jure condendo* delle scarse norme di settore, si tratta di stabilire qual è il risultato che le pubbliche amministrazioni debbono perseguire nell'ambito dell'organizzazione multilivello dell'AML; quali ostacoli normativi e amministrativi impediscono il relativo raggiungimento; e, in ultima analisi, quali caratteri dovrebbe assumere il modello di prevenzione e gestione perché diventi capace di assicurare l'effetto voluto dal legislatore.

2. *La prospettiva multilivello dell'AML: cenni alle fonti internazionali ed europee*

L'istituto dell'antiriciclaggio nella pubblica Amministrazione va esaminato adottando una prospettiva multilivello, ossia partendo dagli aspetti generali della disciplina internazionale ed europea, per poi occuparsi di quelli specifici della normativa nazionale e sino alle relative norme di attuazione, al fine di collocare gli enti pubblici italiani nel più ampio quadro del sistema globale dell'AML.

La principale fonte internazionale sull'*anti-money laundering/counter terrorist financing* è rappresentata dagli «*International standards on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation*», adottati dal «*Financial Action Task Forces*» (FATF)¹⁵.

Tale organizzazione internazionale, il cui scopo consiste nella difesa del sistema economico e finanziario dalle minacce del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, ha quindi adottato un insieme di raccomandazioni, in costante aggiornamento, che stabiliscono gli standard cui gli Stati membri devono attenersi allo scopo di prevenire e contrastare i predetti fenomeni criminosi.

Le «*FATF recommendations*» stabiliscono i «*principi generali*» in materia

¹⁵ Si tratta degli *Standard internazionali sulla lotta al riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo*, reperibili in www.fatf-gafi.org, adottati dal Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI), organismo intergovernativo «costituito nel 1989 in occasione del G7 di Parigi (...) che ha per scopo l'elaborazione e lo sviluppo di strategie di lotta al riciclaggio dei capitali di origine illecita e, dal 2001, anche di prevenzione del finanziamento al terrorismo» (così il sito istituzionale del Ministero dell'Economia e delle Finanze, www.dt.mef.gov.it).

di gestione (prevenzione e contrasto) del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, che l'Italia e gli altri soggetti coinvolti si impegnano a recepire nei rispettivi ordinamenti giuridici, con significativi effetti sul piano amministrativo.

In particolare, le quaranta raccomandazioni possono essere suddivise per aree di intervento: dalle «politiche e coordinamento internazionale» e dalle generali «misure preventive per istituzioni finanziarie e altri soggetti obbligati», verso le regole generali sulla «trasparenza e beneficiari effettivi» e alle «autorità di contrasto» e ai relativi «poteri» anche sanzionatori, fino alla «cooperazione internazionale»¹⁶.

Tra questi, nel primo dei predetti «ambiti», figura il principio del «*risk based approach*» (o «approccio basato sul rischio»), secondo cui gli Stati sono tenuti a identificare i settori più esposti secondo ai rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo e, conseguentemente, ad adottare e attuare misure «proporzionate» agli stessi¹⁷.

Nel secondo campo, invece, il principio della criminalizzazione del riciclaggio impone di qualificare il fenomeno del riciclaggio (e quello del finanziamento del terrorismo) come reato autonomo, indipendentemente da altre fattispecie criminose, nonché di prevedere sanzioni per congelare, sequestrare e confiscare beni di origine illecita¹⁸.

Inoltre, le raccomandazioni prevedono l'adozione di «misure preventive» per il settore finanziario e, più in generale, per quello economico, tra queste: l'identificazione del cliente o titolare effettivo delle operazioni, la *due diligence* rafforzata per persone politicamente esposte e soprattutto gli obblighi di segnalazione di operazioni sospette alle Autorità di controllo, garantendo la riservatezza della provenienza delle informazioni.

Infine, secondo gli standard, ciascuno Stato deve dotarsi di una «*Financial Intelligence Unit*» («FIU» o «Unità di informazione finanziaria»), Autorità nazionale preposta a ricevere, analizzare e trasmettere informazioni sulle operazioni finanziarie sospette alle Forze dell'ordine e alle Autorità

¹⁶ Cfr. lo schema in forma tabellare delle quaranta raccomandazioni, pp. 5-6 degli *Standard*.

¹⁷ Sul punto, vedasi prima di tutto la *raccomandation* n. 1, «*Assessing risks and applying a risk-based approach*», pp. 9-11.

¹⁸ Dopo la «*National cooperation and coordination*», vedasi il successivo standard n. 3, «*Money laundering and confiscation*» relativamente all'*offense* del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo.

giudiziarie, le quali sono chiamate a collaborare tra loro in un'ottica di cooperazione, interna ed esterna, ossia europea e internazionale.

Tali raccomandazioni sono oggetto di recepimento da parte della legislazione europea, la quale ha parimenti sancito e specificato gli originari «principi generali» di matrice internazionale, al fine di armonizzare le regole degli Stati membri in materia di antiriciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Tuttavia, mentre l'attuazione degli standard internazionali incide sul piano della valutazione degli Stati nel contesto globale dell'AML, le direttive e i regolamenti dell'Unione sono pienamente vincolanti per i Paesi membri e perciò foriere di significative conseguenze in caso di violazione.

Inoltre, mentre il GAFI ha funzioni «indirette» di supervisione e stima sullo stato dei predetti fenomeni criminosi e delle misure atte a mitigarli, la costituenda «Autorità europea AML» assume poteri (anche) «diretti» di controllo dell'applicazione corretta delle norme antiriciclaggio da parte delle UIF nazionali e di relativo «coordinamento»¹⁹. Quest'ultima (l'AMLA) ha anche il compito di ospitare e gestire la piattaforma di interscambio di informazioni tra Autorità nazionali (*FIU.net*, prossimamente attiva), in modo da avviare e partecipare ad analisi congiunte di sospetti a carattere transfrontaliero.

Oltre a tali differenze sul piano della “natura” delle norme e dei “compiti” di supervisione sui fenomeni di riciclaggio, va sottolineato che i principi generali trovano maggiore livello di dettaglio nella disciplina europea, in un'ottica di armonizzazione europea. Basti pensare, per esempio, alla disciplina dell'identificazione del beneficiario dell'operazione (c.d. titolare effettivo): la normativa comunitaria impone l'adozione di registri pubblici, mentre quella internazionale si limita a raccomandare la trasparenza, lasciando ampia discrezionalità applicativa.

Tali differenze emergono dalle direttive europee, in parte ancora efficaci, nonché dal vigente regolamento che impone l'adozione di una serie di misure «uniformi», da parte dei soggetti tenuti agli obblighi anticorruzione, in tutti gli Stati membri²⁰. Siffatto approccio, nella prospettiva della

¹⁹ L'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo è istituita con l'ultima fonte comunitaria in materia, ossia il regolamento dell'Unione europea del 31 maggio 2024, n. 1620, in *www.eur-lex.europa.eu*, con funzioni di supervisione diretta, di *enforcement* e sanzionatori, e indiretta quale centro di coordinamento per le FIU nazionali.

²⁰ Da ultimo, l'Unione europea ha adottato il c.d. «*Anti-Money Laundering Package*», che regola la nuova disciplina in tema di antiriciclaggio e contrasto al finanziamento del

predetta armonizzazione, si propone di allineare le misure organizzative e funzionali tra i vari paesi, garantendo una più agevole «collaborazione» tra le UIF nazionali verso una maggiore efficacia nella prevenzione e nel contrasto dei predetti fenomeni criminali.

Tra i profili di principale interesse della normativa europea, emerge il vasto campo di applicazione soggettivo (tra cui si annoverano istituti di credito, finanziari, revisori contabili, notai, agenti immobiliari etc.) e, come detto, misure di *due diligence* sull'identità dei soggetti che compiono le operazioni (finanziarie, bancarie o di altra tipologia), con particolare riferimento al c.d. «titolare effettivo», ossia il beneficiario reale dell'atto o attività; in tale contesto, figura l'obbligo per gli Stati di inserire in registri pubblici e rendere accessibili tali informazioni.

Inoltre, sono dedicate disposizioni specifiche alle segnalazioni di operazioni sospette (SOS), poiché la legislazione europea fissa un insieme di criteri per il relativo svolgimento da parte dei soggetti obbligati, nei confronti delle Autorità nazionali competenti. Infine, è imposta la previsione, da parte dei Paesi membri, di sanzioni e misure correttive per garantire l'applicazione dei presidi antiriciclaggio da parte dei numerosi soggetti coinvolti.

Sicché, in coerenza con le linee-guida tracciate dal GAFI, la disciplina europea recepisce e valorizza l'approccio basato sul rischio e i principi internazionali, fissando il campo di applicazione soggettivo e oggettivo e imponendo obblighi uniformi e più specifici nell'ottica di una crescente collaborazione a livello comunitario.

terrorismo (AML e CFT). Le norme sono entrate in vigore ma acquisiranno efficacia gradualmente (tra il 2025 e il 2029). Il nuovo pacchetto antiriciclaggio si fonda su tre «pilastri»: (i) il regolamento AML 31 maggio 2024, n. 1620 (altrimenti detto «*Single rulebook*»), quale disciplina generale «Relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo»; (ii) la coeva VI direttiva antiriciclaggio n. 1640, «Relativa ai meccanismi che gli Stati membri devono istituire per prevenire l'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo»; (iii) il predetto reg. AMLA n. 1620; tutti reperibili sul sito istituzionale www.eur-lex.europa.eu.

3. *Ruolo e doveri della pubblica amministrazione nella disciplina nazionale dell'antiriciclaggio*

Per quanto qui di interesse, nel recepimento della normativa sovranazionale dell'AML, il legislatore italiano ha adottato la disciplina nazionale²¹ determinando un ampliamento della platea dei soggetti interni tenuti ad assolvere agli obblighi per la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo rispetto a quella europea²².

²¹ Si tratta del citato art. 10, recante «Pubbliche amministrazioni», del d.lgs. n. 231/2007, come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, in *www.normattiva.it*, su spinta del diritto europeo, come risulta espressamente dalla relativa rubrica «Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE», recepite proprio dall'originario decreto antiriciclaggio del 2007.

²² Come rammentato in *Le pubbliche amministrazioni nel sistema di prevenzione del riciclaggio*, op. cit.: «Gli uffici delle pubbliche amministrazioni sono chiamati a svolgere un importante ruolo nel sistema italiano di prevenzione del riciclaggio fin dal 1991», quando, su spinta comunitaria della I direttiva sulla lotta contro il riciclaggio (dir. 28 giugno 1991, n. 91, in *www.eur-lex.europa.eu*), il legislatore italiano ha adottato il d.l. 3 maggio 1991, n. 143 (convertito con l. 5 luglio 1991, n. 197, in *www.normattiva.it*), ponendo «a loro carico, fra l'altro, obblighi di identificazione e di segnalazione di operazioni sospette» al Questore. Nel recepimento della II direttiva 4 dicembre 2001, n. 97, si sono sollevati gli uffici delle pp.aa. dall'applicazione delle disposizioni in materia di identificazione, mantenendo però il (formale) obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, non più al Questore bensì all'Ufficio italiano dei cambi (UIC), nel d.lgs. 20 febbraio 2004, n. 566, in *www.normattiva.it*. I doveri sono rimasti inalterati anche in seguito, con il recepimento della III e IV direttiva antiriciclaggio (dir. 26 ottobre 2005, n. 60/e 10 agosto 2006, n. 70, in *www.eur-lex.europa.eu*) da parte del predetto d.lgs. 231/2007, tuttora vigente, che ha previsto l'istituzione dell'Unità di Informazione Finanziaria presso cui effettuare le segnalazioni, la quale ha assunto il ruolo di Financial Intelligence Unit nazionale; tuttavia, l'originario art. 10 si limitava soltanto ad annoverare anche «gli uffici della pubblica amministrazione» tra i soggetti tenuti agli obblighi di segnalazione di operazioni sospette (al comma 2, lettera g), senza dettare una disciplina specifica. Le nuove regole *ad hoc*, come anticipato, sono state introdotte soltanto dal predetto d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, che come si avrà modo di precisare in seguito: (i) perimetra il campo di applicazione degli obblighi di comunicazione di operazioni sospette, individuando gli uffici ad essi assoggettati; (ii) prevede l'adozione presso gli enti pubblici di un sistema di prevenzione del rischio di riciclaggio (fondato sul *risk based approach*: mappature, individuazione dei rischi e delle misure etc.); (iii) fissa le regole essenziali di collaborazione attiva tra pubbliche amministrazioni e UIF.

In particolare, la legge antiriciclaggio si rivolge altresì alla pubblica Amministrazione, introducendo un sistema di collaborazione tra Autorità pubbliche, preordinato a consentire la tempestiva intercettazione di possibili infiltrazioni criminali nel sistema economico-legale da parte dell'UIF e degli altri organi competenti per i successivi approfondimenti investigativi.

Tale «co-gestione»²³ attiva, a fini di prevenzione del fenomeno criminoso del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo, è affidata agli enti pubblici in collaborazione con la FIU nazionale, preposta a ricevere le comunicazioni di operazioni sospette provenienti da ciascuna amministrazione.

Sicché, l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia diviene *trait d'union* tra gli enti pubblici e le altre autorità chiamate alla salvaguardia e al contrasto del rischio-riciclaggio, quali il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della Guardia di Finanza (NSPV) e la Direzione Investigativa Antimafia (DIA) oltre all'Autorità giudiziaria, ove ravvisi ipotesi di reato.

Così, l'UIF si pone al centro del sistema interno antiriciclaggio, in qualità di principale attore dell'organizzazione nazionale, con compiti di raccolta e analisi dei dati patrimoniali e finanziari relativi a operazioni sospette, segnalate o comunicate non solo da enti privati, come previsto dalla normativa internazionale ed europea (intermediari bancari e finanziari, operatori finanziari e professionisti etc.) ma anche da enti pubblici secondo la disciplina nazionale.

Tanto premesso, giova evidenziare che la scelta del legislatore italiano di coinvolgere la pubblica Amministrazione si fonda saldamente sul relativo ruolo nel rapporto con i privati che operano sul mercato. Ciò appare evidente ove appena si consideri che, nel perseguimento degli interessi pubblici, essa esercita buona parte della sua attività nei confronti

²³ In tal senso, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 351 e ss., secondo cui tale fenomeno trova fondamento nell'art. 41, co. 2 Cost., che «da un lato, riconosce la libertà di iniziativa economica privata, dall'altro impone che questa sia soggetta a obblighi precauzionali, ovvero non possa svolgersi in modo da recare danno alla libertà, alla dignità e alla sicurezza umana»; in altri termini, come precisato da Id., *Funzione amministrativa e rischio riciclaggio*, p. 373 (richiamando A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 112, che a sua volta cita I.M. MARINO, *Presentazione del Master in "Gestione globale del rischio"*, LUM-Jean Monnet, Casamassima, 14 maggio 2004), si «impone ai destinatari privati della normativa di raggiungere il profitto, loro scopo istituzionale, senza contrapporlo, ma anzi affiancandolo, al perseguimento dell'interesse pubblico».

e a favore di cittadini e imprese. In altri termini, l'Amministrazione opera sul mercato a vario titolo, prima di tutto acquistando lavori, beni e servizi, secondo la disciplina dell'evidenza pubblica, ma anche intervenendo sulla trasformazione e valorizzazione del territorio, in attuazione delle regole dell'urbanistica e dell'edilizia, nonché sul tessuto sociale ed economico soccorrendo e finanziando soggetti privati a fini assistenziali o imprenditoriali. Pertanto, interviene sul mercato investendo risorse pubbliche sia per la propria organizzazione e il proprio funzionamento, sia a favore dei cittadini e delle imprese rivolgendosi al settore privato, oltre che autorizzando l'esercizio di attività commerciali, sanitarie, industriali e di altro tipo.

Tali aspetti giustificano a pieno titolo l'opportunità, colta dal legislatore nazionale, di assegnare alla pubblica Amministrazione degli essenziali compiti di riconoscimento di fattispecie sospette, cioè potenzialmente foriere di fenomeni di riciclaggio, che appaiono riconoscibili sulla base di anomalie da riscontrare nei fatti, negli atti o nei comportamenti dei cittadini e delle imprese che intrattengono rapporti con gli enti pubblici.

In definitiva, se i procedimenti amministrativi implicano la gestione e la perequazione di risorse economiche e finanziarie, allora appare ben possibile che esse siano intercettate da privati per utilizzi illeciti, quale presupposto per avviare o proseguire in attività di riciclaggio o a esso riconducibili. Per questo, la legge antiriciclaggio richiede agli enti pubblici di sviluppare una particolare attenzione per il rischio di riciclaggio e una parimenti indispensabile capacità di riconoscimento di operazioni contraddistinte da anomalie, allo scopo di tutelare il sistema economico e sociale da sue possibili e pregiudizievoli incursioni.

Alla luce della illustrata *ratio iuris* dell'introduzione dei presidi antiriciclaggio nel settore pubblico, ossia della disciplina della collaborazione attiva tra autorità pubbliche (*id est*: tra PA e UIF), occorre ora esaminare la disciplina nazionale dell'antiriciclaggio nella pubblica amministrazione, soffermandosi in particolare: sul "campo di applicazione oggettivo"; sugli "obblighi organizzativi e funzionali per gli enti pubblici"; e infine sul "sistema di gestione del rischio-riciclaggio" (nel paragrafo successivo).

In primo luogo, bisogna premettere che i «doveri di comunicazione» antiriciclaggio riguardano gli uffici degli enti competenti allo svolgimento di compiti di amministrazione, attiva o di controllo, nell'ambito dei proce-

dimenti autorizzatori, delle procedure di affidamento di contratti pubblici e dei procedimenti per l'attribuzione di vantaggi economici²⁴.

Tuttavia, la legge conserva una "disposizione di apertura" per l'individuazione di altri procedimenti, ulteriori rispetto a quelli indicati, per i quali può essere stabilita dal Comitato di Sicurezza Finanziaria (CSF) l'applicazione degli obblighi di comunicazione antiriciclaggio; parimenti, il CSF può individuare categorie di attività amministrative, nell'ambito dei procedimenti per cui sono previsti gli obblighi, rispetto alle quali non si applicano gli obblighi di comunicazione²⁵.

In secondo luogo, bisogna precisare che gli uffici degli enti obbligati, rientranti nel campo di applicazione della normativa, sono tenuti a comunicare alla UIF dati e informazioni concernenti le «operazioni sospette» di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale; ciò, al fine di consentire lo svolgimento di analisi finanziarie mirate volte a far emergere fenomeni di riciclaggio e finanziamento al terrorismo²⁶. Come detto in apertura, gli enti pubblici devono verificare la presenza degli «indicatori di anomalia» con riguardo ai procedimenti di propria competenza, per il conseguente riconoscimento e, infine, per la comunicazione di «operazioni sospette» da parte delle pubbliche Amministrazioni all'UIF. Tanto, allo scopo di consentire le successive analisi finanziarie e

²⁴ Cfr. art. 10, comma 1, del decreto antiriciclaggio, secondo cui tali obblighi le amministrazioni con compiti di amministrazione attiva e di controllo su: «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».

²⁵ Cfr. il successivo comma 2 dell'art. 10, d.lgs. 231/2007, ritenuto dalla dottrina «certamente espressione della generale "crisi" del principio di legalità e del relativo mutamento del rapporto legge-amministrazione» (così, C. NICOLOSI, *Funzione amministrativa e rischio riciclaggio*, op. cit., p. 380); su questo tema, sia consentito rinviare almeno ad A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Giuffrè, Milano, 2008; G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

²⁶ Cfr. art. 10, comma 4, ove si precisa pure che «l'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»; queste ultime sono state emanate il 23 maggio 2018, sotto la rubrica «Istruzioni sulle comunicazioni di dati e informazioni concernenti le operazioni sospette da parte delle pubbliche amministrazioni», come detto reperibili sul sito istituzionale *uif.bancaditalia.it*.

l'eventuale trasmissione degli atti agli organi competenti²⁷ la GdF, la DIA e l'Autorità giudiziaria.

A tal fine, ciascuna pubblica amministrazione deve nominare un «Gestore», quale soggetto competente a valutare ed effettuare le comunicazioni di operazioni sospette all'Unità di Informazione Finanziaria. Tuttavia, poiché tale figura non può coincidere con quella di responsabile o dirigente degli uffici che svolgono compiti di amministrazione attiva o di controllo nel campo di applicazione delineato, è promossa l'integrazione dei compiti di questo in capo al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza dell'ente pubblico²⁷. Inoltre, il Gestore è considerato dall'UIF quale unico interlocutore per tutte le comunicazioni e i relativi approfondimenti per garantire efficacia e riservatezza nella gestione delle informazioni provenienti dalle pubbliche Amministrazioni²⁸.

Inoltre, la disciplina nazionale dell'antiriciclaggio impone agli enti pubblici coinvolti di acquisire o affinare le competenze per esaminare le informazioni e i dati, di cui già dispongono in forza dello svolgimento delle proprie funzioni, in modo tale da riconoscere eventuali anomalie (nei fatti, negli atti, nei comportamenti del privato etc.) che portano a considerare un'operazione come “sospetta” di rischio riciclaggio.

Sicché, il *risk based approach* fa ingresso nell'attività ordinaria degli uffici e comporta un ulteriore onere da assolvere con peculiare metodo critico del dipendente pubblico preposto all'ufficio competente, da sviluppare secondo l'esperienza e la formazione specializzata in materia²⁹.

²⁷ Soluzione suggerita dal previgente decreto del Ministro dell'Interno del 25 settembre 2015, in *www.normattiva.it*, che per primo ha individuato i c.d. indicatori di anomalia di operazioni sospette di riciclaggio, come espressamente si evince dalla relativa rubrica «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».

Sul RPCT, cfr. art. 1, commi 7-8-10 l. 6 novembre 2012, n. 190, c.d. «legge anticorruzione» (o «Severino»), in *www.normattiva.it*, rispettivamente, sulla nomina, sul ruolo e sui relativi compiti, individuato, di norma, tra i dirigenti di ruolo in servizio e negli enti locali nel segretario generale salva diversa e motivata determinazione.

²⁸ Cfr. art. 11, comma 2, delle predette Istruzioni dell'UIF sulle comunicazioni di operazioni sospette da parte delle pp.aa. adottate nel 2018, che individuano nuovi indicatori di anomalia sostituendo quelli elencati in precedenza con il predetto d.m. del 2015.

²⁹ Cfr. art. 10, comma 5, decreto antiriciclaggio, per cui «le pubbliche amministrazioni responsabili», ossia quelle i cui uffici sono assoggettati agli obblighi antiriciclaggio, «nel quadro dei programmi di formazione continua del personale realizzati in attuazione

4. *Il sistema di gestione del rischio riciclaggio e i limiti del modello «a cascata»*

Al fine di promuovere il corretto adempimento degli obblighi organizzativi e funzionali per la comunicazione di operazioni sospette da parte degli uffici pubblici competenti all'UIF, la disciplina nazionale anti-riciclaggio impone alle pubbliche amministrazioni l'adozione di un vero e proprio "sistema di gestione del rischio di riciclaggio": a partire dalla mappatura dei processi di competenza degli uffici, verso l'individuazione e la valutazione dei rischi di riciclaggio, fino alla fissazione delle misure di prevenzione e contrasto di tale fenomeno.

Più precisamente, la legge affida al CSF il compito di elaborare le linee-guida nazionali per la mappatura e la valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo, cui gli uffici pubblici responsabili dei predetti procedimenti individuati dal legislatore sono esposti nell'esercizio della propria attività istituzionale; sulla base di esse, gli enti pubblici adottano procedure interne, proporzionate alle proprie dimensioni organizzative e operative, idonee a valutare il livello di esposizione dei propri uffici al rischio, nonché delle opportune misure atte a mitigarli³⁰.

Sicché, sembra emergere un modello nazionale «a cascata»³¹, presso-

dell'articolo 3 del decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 178, adottano misure idonee ad assicurare il riconoscimento, da parte dei propri dipendenti delle fattispecie meritevoli di essere comunicate», cioè operazioni sospette (anche secondo gli indicatori di anomalia individuati dall'UIF).

³⁰ Cfr. art. 10, comma 3, del d.lgs. 231/2007, che esprime una «riserva di amministrazione», come evidenziato da C. NICOLOSI, *Funzione amministrativa e rischio riciclaggio*, op. cit., p. 380, richiamando sul punto A. BARONE, *Il diritto del rischio*, op. cit., p. 70; per un'analisi delle molteplici questioni sottese al tema, senza alcuna pretesa di esaustività, v. almeno D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996; S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche «invasioni di campo»*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2006, pp. 229-247; F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/2008, 3072-3086; F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, n. 4/2018, 759-765; L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2019, 1021-1040; da ultimo, v. G. GARGANO, *La riserva di procedimento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

³¹ L'espressione «pianificazione a cascata» è presa in prestito da F. MARTINES, *La Legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 5/2015, pp. 1-29; sull'ordinazione gerarchica tra PNA dell'ANAC e Piani triennali degli enti pubblici, v. altresì M. CLARICH, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 63 e ss.

ché analogo a quello anticorruzione, ai sensi del quale: l'ANAC elabora nel PNA le linee-guida per la gestione del rischio corruttivo (analisi del contesto, valutazione dei rischi, individuazione delle misure, monitoraggio e riesame etc.); e alla luce di queste, nell'ambito dei propri Piani integrati di attività e organizzazione (PIAO)³² o Piani triennali della prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTCPT), le amministrazioni adottano i propri «sistemi di prevenzione e contrasto del rischio», mappando i processi e identificando i rischi e le misure atti a prevenirli.

Allo stesso modo, nella disciplina AML è prevista l'adozione di un atto di indirizzo nazionale, stavolta riguardante le indicazioni metodologiche per l'elaborazione del sistema di gestione del diverso rischio di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo, che «a cascata» si rivolge alla pianificazione di tutti gli enti pubblici competenti, ossia di quelli che annoverano uffici con compiti di amministrazione, attiva o di controllo, per i procedimenti indicati dalla legge.

Tuttavia, sebbene le linee-guida nazionali rappresentino uno strumento utile per l'elaborazione, presso ciascun ente pubblico, del relativo sistema di gestione del rischio, la prassi amministrativa ha dimostrato che il tradizionale modello «a cascata» (dall'ANAC ai singoli enti) presenta dei «limiti» intrinseci e pertanto può essere fonte di significative criticità.

Come può agevolmente riscontrarsi dallo studio di campioni casuali di Piani anticorruzione (o dalla mera lettura di PIAO o PTPCT di alcuni enti), le indicazioni metodologiche nazionali portano sovente all'adozione di un'impostazione «formale», piuttosto che «sostanziale», eludendo l'ap-

³² L'introduzione del PIAO, con d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (convertito dalla l. 6 agosto 2021, n. 113), in *www.normattiva.it*, si propone di semplificare la pianificazione attraverso l'integrazione e la sostituzione di diversi strumenti, quali il PTPCT (Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza) il piano della performance, i piani triennali dei fabbisogni di personale, i piani di formazione e altri strumenti di programmazione organizzativa e gestionale (diversi in base alla tipologia di ente pubblico); come noto, i contenuti e le modalità di redazione del PIAO, nonché i modelli e tempistiche per l'adozione del piano, sono disciplinati dal successivo d.P.R. 24 giugno 2022, n. 81, in *www.normattiva.it*; il resto delle disposizioni sul tema sono contenute nei PNA, a partire da quello del triennio 2022-2024, in *www.anticorruzione.it*. In dottrina, v. tra i principali saggi almeno S. VILLAMENA, *PIAO e valore pubblico*, in *Diritti e Società*, n. 3/2023, pp. 569-584 e da ultimo A.F. URICCHIO, *Il PIAO e il piano di prevenzione della corruzione*, in *Trasparenza e anticorruzione in Sanità*, op. cit.

proccio flessibile, contestualizzato e concreto del sistema di gestione del singolo ente, indispensabile per garantirne l'effettività.

Viepiù che il limite intrinseco dell'irrigidimento dell'approccio, derivante dall'applicazione delle dettagliate regole nazionali, è aggravato dal consueto fenomeno della "complicazione"³³. In particolare, esso discende dall'applicazione di regole metodologiche in parte superflue rispetto al risultato da perseguire, in luogo delle regole essenziali per mappare i processi, individuare i rischi e stabilire le misure per prevenirli³⁴.

Pertanto, se il modello «a cascata» si presenta quale "necessario punto di partenza"³⁵ per lo studio degli enti pubblici sulla propria organizzazione e sul proprio funzionamento, preordinato a individuare e mitigare i pericoli di cattiva amministrazione e corruzione, la sua attuazione può allontanarsi dall'auspicato approccio sostanziale, in favore di un approccio compilativo, formalista e inutilmente burocratico³⁶.

Tuttavia, si ritiene che siffatti "limiti" del paradigma tradizionale, cioè

³³ Sul concetto di «complicazioni», cfr. F. MONCERI, *Complessità e semplificazione nell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 7 e seguenti, per cui si tratta di tutte quelle «distonie o appesantimenti e orpelli, che hanno afflitto il concreto esercizio dell'amministrazione e i presupposti normativi. Inoltre, devono essere ricomprese in tali categorie tutte quelle procedure inutili o inutilmente gravose (...) oneri di qualsiasi genere non necessari o sproporzionati rispetto alla tutela dell'interesse pubblico».

³⁴ Basti pensare al frequente caso, tra l'altro paradossale, definibile in termini di "rischi valutati ma non individuati", che si verifica quando nel Piano dell'ente pubblico è rinvenibile un'analitica misurazione del rischio corruttivo (ad esempio definito di "impatto altissimo" e di "probabilità media"), ma non è dato comprendere di quale rischio si tratti né di che tipo sia, né tantomeno di quali siano i suoi fattori abilitanti; il tutto nell'ambito di pianificazioni estremamente complesse e dense di riferimenti formali alla disciplina dei PNA e del predetto allegato 1 sulle indicazioni metodologiche per l'adozione del sistema di gestione del rischio corruttivo.

³⁵ L'atto di indirizzo nazionale appare indispensabile poiché la sua assenza accresce «il senso di estraneità e di deresponsabilizzazione degli uffici pubblici, ostacolando la piena comprensione della collaborazione a essi richiesta dalla normativa antiriciclaggio» (in tal senso UIF, in *Le pubbliche amministrazioni nel sistema di prevenzione del riciclaggio*, op. cit., p. 15, n. 12), come dimostrato dal numero di enti pubblici che si sono dotati di un proprio sistema di gestione del rischio riciclaggio, intorno alle poche centinaia sul totale di circa otto migliaia di pubbliche amministrazioni italiane.

³⁶ Si pensi alla presenza di carenze nella mappatura dei processi a rischio e nella definizione di misure preventive specifiche; oppure all'uso limitato a rinvii o modifiche parziali di piani precedenti, in luogo dell'adozione di nuovi piani, compromettendone la chiarezza e l'efficacia. Sulla mancata adozione dei piani e sulle predette carenze, v. *ex aliis* le delibere 14 giugno 2022, n. 287; 16 marzo 2022, n. 124; 11 gennaio 2023 del n. 8.

l'eccessivo rigore e il conseguente irrigidimento dei sistemi di prevenzione, possano essere superati con uno sforzo di "semplificazione" orientato all'individuazione delle indicazioni metodologiche essenziali, ai fini dell'elaborazione di un modello di gestione dei rischi privo di complicazioni superflue o addirittura disutili alla luce della cattiva prassi amministrativa³⁷.

Tale rinnovato approccio si riferisce sia al settore anticorruzione, sia ai nuovi sistemi di gestione del rischio di antiriciclaggio e di finanziamento al terrorismo, poiché anche in mancanza delle linee-guida del CSF non (ancora) emanate dal Comitato di Sicurezza Finanziaria (dal 2017), le pubbliche Amministrazioni sono comunque tenute ad adottarli ai fini della collaborazione attiva con l'UIF, e ancora in tempo per promuovere un modello scevro da inutili complicazioni e pertanto ispirato a una logica di risultato.

4.1 *Anticorruzione e antiriciclaggio a confronto: analogie e differenze tra mappature, rischi e misure di prevenzione*

Il *risk based approach* accomuna i modelli antiriciclaggio e anticorruzione e la relativa elaborazione, imponendo agli enti pubblici, pressoché allo stesso modo, di mappare i processi interni in modo da scoprire le carenze degli uffici, di individuare il rischio e i relativi fattori abilitanti e, infine, di stabilire le misure di prevenzione adeguate³⁸.

³⁷ Riprendendo l'esempio dei "rischi analizzati ma non individuati", si intende evidenziare che la l'analisi del rischio, successiva e consequenziale rispetto alla previa individuazione, invece essenziale al fine di individuare le misure di prevenzione, diviene superflua e quasi disutile al risultato da conseguire, complicando inutilmente le pianificazioni meramente formale.

³⁸ Sul sistema di gestione del rischio corruttivo e soprattutto, più in generale, sulla prevenzione del fenomeno della c.d. *maladministration*, senza pretese di completezza, si rinvia a S. CASSESE, «*Maladministration*» e rimedi, in *Foro italiano*, V, 1992, pp. 2-15; M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994; G. MELIS, *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, CUEN, Napoli, 1999; F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli Editore, Firenze 2010; M. D'ALBERTI, *Corruzione*, in *Enc. Ital.*, IX Appendice, Treccani, Roma, 2015; F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Il diritto dell'econ.*, n. 3/2015; M.G. RACCA, *Corruzione* (dir. amm.), in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2017, pp. 208 ss.; F. ROTA, *La gestione del rischio nel contrasto alla corruzione: interventi specifici e qualità dell'amministrazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2018, pp. 285-292; G. PIPERATA, *Il siste-*

Inoltre, a ben vedere, il coinvolgimento degli uffici pubblici in fenomeni di riciclaggio può rientrare a pieno titolo nella nozione ampia di *maladministration*, da intendersi quale esercizio scorretto dei compiti e dei poteri pubblici, con effetti pregiudizievoli per gli enti pubblici, i cittadini e le imprese. Infatti, sia nei casi di corruzione sia di riciclaggio, si verifica una “strumentalizzazione” degli uffici pubblici a fini illeciti, o comunque in contrasto con quelli previsti dalla legge o dalla pubblica amministrazione, a detrimento dei principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento.

Peraltro, i due fenomeni possono verificarsi con un certo grado di «continuità», sfruttando gli enti pubblici quali «passaggio intermedio», mediante il riciclaggio, nel percorso di proventi illeciti verso l'economia legale; oppure quali «destinazione finale», attraverso la corruzione, di proventi illeciti derivanti dal riciclaggio; così, la prevenzione della corruzione si propone di intervenire negli uffici pubblici per ridurre il rischio di riciclaggio, invece quella antiriciclaggio intende evitare l'impiego di proventi illeciti anche a fini di corruzione³⁹.

Alla luce di tale «complementarietà»⁴⁰, è agevole individuare alcuni ambiti in cui entrambi i fenomeni possono configurarsi, sia “autonomamente” sia in “collegamento” l'uno con l'altro, risultando possibile e pure

ma di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni: un'introduzione, in F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2019; M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2019, pp. 61-75; G. SIGISMONDI, *La prevenzione della corruzione mediante l'organizzazione: il ruolo del responsabile della prevenzione*, in *JusOnline*, n. 6/2021, pp. 45-70; A. LALLI, *I conflitti di interessi: tendenze e problemi aperti*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2022, pp. 515-554; B. BOSCHETTI, N. BERTI, *La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo*, in *Istituz. del Federal.*, n. 3/2022, pp. 599-633; R. CANTONE, *L'anticorruzione: un bilancio tra prevenzione e repressione*, in *Istituz. del Federal.*, n. 3/2022, pp. 321-350; ivi, M. DE BENEDETTO, *Regolazione e anticorruzione*, pp. 395-431; E. CARLONI, *Cambiamenti di prospettiva. Riforma del “whistleblowing” e trasformazione dell'anticorruzione*, in *Munus*, n. 2/2023, pp. 319-348; da ultimo, per un «nuovo sistema digitale di prevenzione e contrasto alla cattiva amministrazione fondato sulla collaborazione tra amministrazione e operatori economici basato su un nuovo patto di “fiducia digitale”», v. G.M. RACCA, *Abuso d'ufficio e contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 16/2024, pp. 291-304.

³⁹ In tal senso, C. NICOLOSI, *Anticorruzione e antiriciclaggio: spunti critici*, op. cit., p. 83 e seguenti.

⁴⁰ Ivi, pp. 77 e ss.

opportuna la gestione “congiunta” dei relativi rischi, individuando misure di prevenzione comuni.

In particolare, la fattispecie del «conflitto di interessi», nonché della correlata identificazione del «titolare effettivo», sono accomunate dalla volontà di gestire il rischio che le procedure di affidamento dei contratti pubblici e gli altri procedimenti amministrativi che erogano risorse pubbliche siano condizionati e strumentalizzati per interessi privati, oltre che illecitamente a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo⁴¹. Oltre a tali fattispecie, la peculiare disciplina della «tracciabilità dei flussi finanziari», nel centrale settore dei contratti pubblici, dimostra la «complementarietà» tra i presidi, giacché dalla relativa applicazione possono emergere entrambi i fenomeni in esame, sia di corruzione sia di AML/CFT, “autonomi” o tra loro “collegati”⁴².

In altri termini, sembra possibile addivenire a un sistema di gestione del rischio che tenga conto della “continuità” tra i fenomeni, come dimostrato dagli istituti comuni del «conflitto di interessi», dell’«individuazione del titolare effettivo» e della «tracciabilità dei flussi finanziari», nonché del possibile “collegamento” tra fattispecie concrete di corruzione e di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

Per questo, l’ANAC ha promosso il «coordinamento» della prevenzione della corruzione con quella la prevenzione del riciclaggio e del

⁴¹ Cfr. sempre il PNA in esame, p. 22, per cui: «Nell’attuale momento storico, l’apparato antiriciclaggio, come quello anticorruzione, può dare un contributo fondamentale alla prevenzione dei rischi di infiltrazione criminale nell’impiego dei fondi rivenienti dal PNRR, consentendo la tempestiva individuazione di eventuali sospetti di sviamento delle risorse rispetto all’obiettivo per cui sono state stanziare ed evitando che le stesse finiscano per alimentare l’economia illegale». Sulla disciplina del «conflitto di interessi», vedasi *ivi*, pp. 96 a 111, oltre all’art. 16 del nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in *www.normattiva.it*. Sul «titolare effettivo», cfr. invece la richiamata normativa internazionale ed europea, nonché la disciplina nazionale, e sul piano attuativo il decreto interministeriale 11 marzo 2022, n. 55, in *www.normattiva.it*, che contiene le disposizioni in materia di comunicazione, accesso e consultazione dei dati e delle informazioni sulla titolarità effettiva, cui seguono una serie di altri d.m. e interministeriali sugli aspetti tecnici.

⁴² Cfr. art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136, recante «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia», la quale si occupa di disciplinare l’uso dei conti correnti e degli strumenti di pagamento nel settore dei contratti pubblici (affidamenti diretti, appalti di lavori, servizi e forniture, concessioni di lavori e servizi, partenariati pubblico-privati, subappalto e contraente generale), da parte dei principali soggetti coinvolti (appaltatori, subcontraenti, concessionari).

finanziamento del terrorismo tra gli obiettivi strategici che le pubbliche Amministrazioni sono tenute a perseguire, in uno alle misure da adottare nella propria pianificazione, proprio al fine di prevenire «strumentalizzazioni» illecite delle risorse pubbliche⁴³.

Tuttavia, nel confronto tra i sistemi anticorruzione e quello antiriciclaggio, va rilevata una significativa differenza di fondo, riguardante la “prospettiva” assunta dall’ente tenuto ad adottare i presidi, nonché dagli uffici preposti ad attuarli.

In particolare, mentre le misure anticorruzione intervengono nei rapporti “interni” dell’ente per gestire fenomeni di cattiva amministrazione, oltre che corruttivi in senso stretto, che coinvolgono i propri dipendenti; le misure AML/CFT agiscono “anche e soprattutto” nei rapporti “esterni” dell’amministrazione, per prevenire e contrastare fenomeni di riciclaggio e finanziamento al terrorismo da parte degli utenti che entrano in relazione con gli uffici pubblici, comunicando all’UIF eventuali operazioni sospette.

Pertanto, si ritiene che la richiamata prospettiva di “gestione congiunta” dei rischi (o coordinamento dei sistemi di prevenzione) debba essere preceduta dall’elaborazione di un modello di gestione del riciclaggio “autonomo” ed “efficace”, poiché la pubblica Amministrazione può ben essere strumentalizzata a fini di AML/CFT a prescindere da eventi di corruzione. Trattare il rischio di riciclaggio come mero accessorio di quello di corruzione, infatti, potrebbe comportare una prematura e inutile sovrapposizione dei sistemi di gestione contrariamente a quanto previsto dal decreto antiriciclaggio, che invece richiede mappatura dei processi, individuazione dei rischi e programmazione delle misure *ad hoc*, indipendentemente dal modello anticorruzione.

A tal fine, appare indispensabile svolgere un confronto analitico con il modello anticorruzione, nel tentativo di fornire essenziali spunti per l’elaborazione di un sistema di gestione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo autonomo e, come detto, ispirato a una logica di risultato.

Sicché, per emergere le analogie, le differenze e le specificità dei modelli, occorre anzitutto esaminare compiutamente quello per la (costruzione del sistema di) gestione del rischio corruttivo⁴⁴.

⁴³ Cfr. Piano Nazionale Anticorruzione 2022, adottato con del. 17 gennaio 2023, n. 7, pp. 23 e 29, in *www.anticorruzione.it*.

⁴⁴ Cfr. Piano Nazionale Anticorruzione 2019, allegato n. 1, rubricato «Indicazioni

In primo luogo, le indicazioni metodologiche per la predisposizione del sistema di gestione del rischio corruttivo sanciscono il «principio generale» secondo cui il carattere non omogeneo delle pubbliche amministrazioni (diverse per dimensioni, organizzazione, funzioni, competenze etc.) impone l'adozione di un «approccio sostanziale, flessibile e contestualizzato»⁴⁵.

A tal fine, il RPCT coordina la mappatura dei processi di ciascun ufficio di cui si compone l'amministrazione, servendosi della collaborazione attiva di tutti i suoi dipendenti⁴⁶.

Tale assetto si fonda sull'obbligo di legge, posto in capo ai dirigenti delle pubbliche Amministrazioni, ai sensi del quale essi sono tenuti a fornire le informazioni richieste dal Responsabile anticorruzione (o suoi ausiliari, quali i referenti c.d. Referenti trasparenza e anticorruzione o TAC) per l'individuazione delle attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio corruzione, nonché a formulare specifiche proposte volte alla prevenzione del rischio medesimo⁴⁷. A ciò si aggiunge il dovere, previsto più in generale per tutti dipendenti pubblici, di prestare collaborazione attiva al responsabile della prevenzione della corruzione⁴⁸.

In secondo luogo, tali norme di dettaglio individuano le tre «fasi centrali» in cui si sviluppa il processo di gestione del rischio: (i) l'analisi del contesto; (ii) la valutazione del rischio; (iii) e il relativo trattamento. A que-

metodologiche per la gestione del rischio corruttivo», espressamente definito dall'ANAC quale unico atto da seguire, da parte pubbliche amministrazioni, per la predisposizione della parte dei Piani degli enti pubblici (PTPCT o PIAO) relativa al «sistema di gestione del rischio corruttivo».

⁴⁵ Ivi, pp. 3-14.

⁴⁶ Il riferimento è al citato allegato n. 1 al PNA 2019, tuttora vigente per gli enti pubblici, che «fornisce indicazioni utili per la progettazione, la realizzazione e il miglioramento continuo del Sistema di gestione del rischio corruttivo»; in particolare, si tratta dell'«unico documento metodologico da seguire nella predisposizione dei Piani» delle Amministrazioni «per la parte relativa alla gestione del rischio corruttivo» (così a p. 3).

⁴⁷ Cfr. art. 16, comma 1-*bis*, lettera 1-*ter*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», in *www.normattiva.it*.

⁴⁸ Cfr. art. 8 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, dalla rubrica «Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165», in *www.normattiva.it*.

ste si aggiungono le ulteriori «fasi trasversali», quali: (iv) il monitoraggio e il riesame dei risultati; (v) e, infine, la consultazione e la comunicazione⁴⁹.

Le indicazioni metodologiche precisano che tali fasi devono svolgersi secondo il principio generale della «conseguenzialità», proprio al fine di garantire l'elaborazione di un modello: non solo «su misura» per ciascuna amministrazione, ma anche e soprattutto «ciclico»⁵⁰ in vista del suo costante miglioramento e adattamento ai cambiamenti, interni ed esterni all'ente⁵¹.

In particolare, il processo di (costruzione del sistema di) gestione del rischio corruttivo prende le mosse dalla macro-fase dell'«analisi del contesto», che a sua volta si suddivide in «esterno» e «interno».

La prima sotto-fase⁵² è preordinata ad acquisire il patrimonio informativo per la successiva identificazione del rischio corruttivo, mirando a definire il rapporto tra «ambiente esterno» e «rischio corruttivo». L'analisi del contesto esterno, infatti, consiste nell'esame delle caratteristiche sociali, economiche e culturali del territorio, dei settori specifici di riferimento (diversi a seconda della tipologia di ente) e delle relazioni che intercorrono tra l'amministrazione e gli *stakeholder* per ciascun ambito. Sicché, l'indagine intende mettere in luce le dinamiche territoriali e gli specifici rapporti tra l'Amministrazione, i cittadini e le imprese che possano esercitare influenze o pressioni significative, condizionando l'azione pubblica.

Le norme di dettaglio disciplinano persino i «passaggi operativi» da seguire per il corretto sviluppo della sotto-fase in esame.

Prima di tutto, esse impongono un'«attività di ricerca» dei dati rilevanti per l'analisi del «contesto esterno», con l'indicazione specifica delle «fonti» cui attingere. Queste ultime sono a loro volta distinte in «esterne» (tra cui, banche dati e studi di soggetti istituzionali, quali l'ISTAT, i Ministeri, le

⁴⁹ Ivi, p. 5, fig. 1.

⁵⁰ Tale carattere sembra rinvviare implicitamente al celebre modello del “Ciclo di Deming” (noto anche come PDCA: “plan; do; check; act”, ossia “pianifica, fai, verifica, migliora”), quale approccio ciclico alla gestione della qualità e al miglioramento continuo dei processi, che spesso ricorre per orientare la pianificazione delle pubbliche amministrazioni, per la gestione delle *performance*, la valutazione delle politiche pubbliche, i controlli pluriennali (es. PCNP) etc. Come ricordato da G. RAISS, *Un Sistema Qualità per la Pubblica Amministrazione*, in *I Quaderni dell'Autorità per l'Informatica*, n. 5, 2000: «Il ciclo fu ideato dallo statistico W. SHEWHART negli anni '30 del XX secolo e sviluppato poi nei '50 da E. DEMING, *Out of the crisis*, MIT Press, Boston 1986».

⁵¹ Ivi, pp. 5-14.

⁵² Ivi, pp. 10-12.

Autorità Giudiziarie, Università e centri di ricerca per le informazioni sul contesto economico-sociale) e «interne» (tra cui, le segnalazioni dal canale interno del *whistleblowing*⁵³, i risultati del monitoraggio dell'RPCT, interviste e *focus group* per le informazioni relative all'ente e ai rapporti con gli *stakeholders* e i gruppi d'interesse che vi interagiscono).

In seguito, le indicazioni metodologiche prescrivono di procedere con l'«interpretazione dei dati» ottenuti a seguito della predetta ricerca e acquisiti tramite le diverse fonti (interne ed esterne). Tale passaggio operativo è volto all'«estrazione degli elementi utili», ossia rilevanti per l'Amministrazione, quale base per la successiva identificazione degli eventi rischiosi e, infine, per l'elaborazione delle misure di prevenzione «specifiche» su misura per l'ente, di cui si tratterà nel prosieguo.

Il processo di (costruzione del sistema di) gestione del rischio corruttivo prosegue sequenzialmente con la sotto-fase dell'«analisi del contesto interno»⁵⁴, anch'essa finalizzata ad acquisire le informazioni necessarie

⁵³ La disciplina sulla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (ex art. 54-*bis*, d.lgs. 162/2001) è stata recentemente riformata dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, (c.d. «decreto *whistleblowings*») in www.normattiva.it, nel recepimento della direttiva 23 ottobre 2019, n. 1937, in www.eur-lex.eu, a integrazione e parziale modifica della precedente, ampliandone il campo di applicazione al settore privato, introducendo nuove tutele della riservatezza e del *whistleblower* rispetto a provvedimenti ritorsivi e riformando le modalità di segnalazione; invero, la maggior parte delle novità già emergeva dalla disciplina di dettaglio, contenuta nelle linee-guida di ANAC adottate con delibera 9 giugno 2021, n. 469, durante la vigenza della norma del testo unico sul pubblico impiego. In ogni caso, il nuovo decreto prevede un campo di applicazione esteso poiché annovera, oltre ai dipendenti, anche lavoratori autonomi, stagisti, volontari, consulenti, ex dipendenti e persino candidati a una posizione lavorativa, anche fornitori e appaltatori possono essere segnalatori (artt. 3-4); l'identità del segnalante è strettamente riservata e vi è dovere di adozione di misure tecniche e organizzative per proteggerla, compreso l'obbligo di istituire un canale interno di segnalazione (artt. 12, 13 e 16); a quest'ultimo, preferenziale se disponibile, si aggiunge sia quello esterno presso l'ANAC, utilizzabile se canale interno è assente, non sicuro o inefficace, sia la divulgazione pubblica (a mezzo stampa o *social media*), da adoperare solo in casi gravi di pericolo imminente o inerzia dell'Autorità (artt. 5, 7 e 15); le sanzioni pecuniarie di competenza dell'ANAC, già in essere con la previgente disciplina, possono essere irrogate sia in caso di ostacolo alla segnalazione, sia di violazione della riservatezza, sia di mancata attivazione dei canali interni, oltre che per ritorsioni (art. 21); con riferimento a quest'ultima fattispecie, è introdotta una presunzione di ritorsione, tale per cui se il *whistleblower* subisce una discriminazione dopo la segnalazione, si presume che sia una ritorsione, che sia licenziamento o demansionamento o trasferimento, mobbing etc., dovendo il datore di lavoro provare il contrario (art. 20).

⁵⁴ Ivi, pp. 12-27.

per la successiva individuazione del rischio corruttivo, mirando a definire il rapporto tra «ambiente interno» (o «struttura dell'ente») e «rischio corruttivo».

Più precisamente, essa consiste nell'analisi della «struttura organizzativa» e nella conseguente «mappatura dei processi», al fine di ricostruire analiticamente l'organizzazione e il funzionamento dell'Amministrazione. Tale esame si propone di individuare il sistema delle responsabilità, degli uffici e dei «processi» di competenza dell'ente per mettere in luce gli aspetti organizzativi e funzionali forieri di rischio corruttivo.

Quanto alla «struttura organizzativa», dal punto di vista operativo, l'«acquisizione dei dati» è circoscritta dalle indicazioni metodologiche a un elenco di informazioni già selezionate e definite dall'ANAC «utili» (tra queste, l'organigramma dell'ente, i ruoli e le responsabilità, la quantità e la qualità del personale, i processi decisionali, le relazioni interne ed esterne etc.). Pertanto, la predetta «interpretazione dei dati» si risolve nella scelta delle informazioni idonee ai fini dell'individuazione delle carenze (*i.e.* «debolezze») del sistema organizzativo e funzionale che possono comportare rischi per l'Amministrazione.

Nel rapporto tra analisi della «struttura» e «mappatura dei processi», già emerge la predetta logica consequenziale (dell'intero sistema di gestione del rischio), poiché la seconda presuppone la suddivisione dell'ente in segmenti organizzativi preordinati alla gestione dei processi di sua competenza.

Infatti, lo scopo della mappatura è quello di studiare tutta l'attività dell'Amministrazione, al duplice fine di: individuare gli uffici, le responsabilità e i processi di relativa competenza; e identificare le aree e i settori che, in forza delle loro caratteristiche, si presentano potenzialmente esposti a rischi corruttivi.

Nell'ambito della mappatura dei processi, le indicazioni metodologiche individuano quale «unità di misura» dell'attività non il procedimento amministrativo, bensì il «processo»: si tratta di una nozione organizzativo-funzionale proveniente dalle discipline aziendali; in particolare, per tale si intende una sequenza di segmenti di attività «interrelate» e «interagenti», che trasformano l'attività e le risorse (*input*) in servizi e beni destinati ai cittadini e agli *stakeholders* (*output*).

Per un verso, la sua introduzione intende restituire maggiore «flessibilità» nell'elaborazione delle mappature rispetto al «procedimento ammi-

nistrativo» come risulta dalle norme che lo regolano (nazionali, regionali, locali etc.). A tal fine, la nozione di processo si offre per segmentare e descrivere l'attività dell'ufficio secondo quel livello di dettaglio meglio rispondente ai consequenziali scopi dell'analisi del rischio (identificazione dei rischi, dei fattori abilitanti etc.).

Pertanto, non essendo definito in modo «esogeno» (da legge, da regolamento etc.), il processo può presentarsi più sintetico o più analitico del procedimento, definito dalle norme che lo regolano, o sovrapporsi in parte o in tutto a esso.

Per altro verso, la nozione di processo intende conferire migliore «gestibilità» al sistema, ben potendo essere ricondotti al suo interno più tipologie di procedimenti amministrativi che presentino analogie sul piano organizzativo-funzionale, ossia da ritenersi «omogenei» per fasi e svolgimento nell'ufficio.

Inoltre, dalle indicazioni metodologiche, viene attribuita al «processo» maggiore «completezza», giacché in grado di ricomprendere e sintetizzare tutta l'attività amministrativa dell'ufficio a partire dall'*input* fino all'*output*, soffermandosi anche su quei passaggi non contemplati dalla normativa che disciplina il procedimento amministrativo.

Infine, il processo intende restituire maggiore «concretezza» alla mappatura, data la necessaria individuazione, nell'ambito delle competenze di ciascuna unità organizzativa, del «chi, come e quando» (responsabilità, attività, termini) l'attività viene effettivamente svolta nella pratica, nonché nella prassi, non come essa dovrebbe svolgersi sulla base del mero dato normativo.

In definitiva, la possibilità di slegarsi dal dato normativo si ritiene rappresenti una delle principali potenzialità della nozione aziendalistica di «processo».

Dal punto di vista operativo, l'opera di «mappatura dei processi» deve svolgersi attraverso la preliminare fissazione dell'unità di riferimento, che consiste nell'individuare i processi di competenza degli uffici. Tale passaggio iniziale dev'essere seguito dall'elaborazione dell'elenco completo dei processi, dalla relativa descrizione analitica e, infine, dalla rappresentazione in forma tabellare per consentirne la trasparente fruizione. Invero, ai fini dell'identificazione dei «processi», occorre muovere dall'elencazione dei «procedimenti» di competenza dell'ente, come detto, spingendosi anche a ricomprendere insiemi di attività non sovrapponibili alla categoria

del procedimento amministrativo, nella predetta ottica di flessibilità, gestibilità e soprattutto «concretezza»⁵⁵.

Una volta individuati, essi vanno ricollegati alle c.d. «aree di rischio», le quali si distinguono in «generalì» e «specifiche». Le prime sono comuni a tutte le Amministrazioni (fra queste, affidamenti di contratti pubblici, reclutamento e gestione del personale, gestione dei rifiuti etc.); le altre sono individuate dall'ente a seconda delle proprie funzioni e caratteristiche, cioè degli esiti dell'analisi del «contesto esterno» e delle peculiarità emerse in sede di studio della «struttura organizzativa».

Una volta elencati i procedimenti e le altre attività dell'ente, ricollegati alle aree a rischio, è necessario ricostruire i «processi» attraverso la segmentazione di tali attività dal predetto punto di vista organizzativo-funzionale e, soprattutto, delle prassi operative di ciascuna Amministrazione per ragioni di concretezza.

Infatti, è ben possibile che le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa (non solo dei procedimenti amministrativi) si differenzino in modo significativo tra le amministrazioni. Per esempio, a seconda della pratica in uso possono essere superiori o inferiori le soglie di trasparenza e certezza garantite dall'ente (a titolo esemplificativo e in buona approssimazione, si pensi alla differenza tra un ente che consente la ricezione dell'istanza a mano e un altro che, invece, esige la posta elettronica certificata). Tale aspetto, come altri, può incidere sui fattori e sugli eventi di rischio (con riferimento all'esempio riportato, basti considerare il problema dell'integrità della documentazione e dei tempi di ricezione dell'istanza).

Sicché, per conseguire la citata maggiore «flessibilità», «gestibilità» e «concretezza», data dal passaggio dal procedimento amministrativo al «processo», è indispensabile analizzare l'attività sia sulla base del dato normativo, sia su quello della pratica e della prassi amministrativa dell'ente.

Tale ineludibile presupposto va realizzato seguendo le specifiche indicazioni metodologiche sul tema, ossia gli «elementi essenziali» per la corretta e completa ricostruzione dei processi degli uffici dell'ente.

Nell'ambito di tali elementi essenziali del processo, figura *in primis* la denominazione del processo, che descrive in breve la materia e lo scopo

⁵⁵ Si pensi all'insieme delle attività che definiscono la comunicazione interna, la gestione del protocollo, dei sistemi informatici, dei servizi generali e logistici, al redazione di documenti statistici etc.

da esso perseguito, seguita dall'elemento o atto che da avvio al processo (c.d. *input*), le ulteriori attività di cui si compone, fino ad arrivare al provvedimento o altro risultato dello stesso (c.d. *output*). *In secundis*, devono essere indicate le responsabilità del processo (es. di cosa si occupa il dirigente e di cos'altro il funzionario etc.) i tempi (eventualmente già risultanti nella descrizione delle attività in cui si sviluppa), le regole da osservare, le eventuali interrelazioni tra processi di competenza di altri uffici, le criticità del processo, le risorse finanziarie e umane.

Una volta individuati e descritti i processi, suddivisi per ufficio, e individuate le relative responsabilità, l'analisi del contesto interno si conclude con la finale «rappresentazione dei processi». Tra le forme possibili, è promossa quella tabellare (oltre al pure presente riferimento ai c.d. diagrammi di flusso).

Pertanto, la prima macro-fase dell'analisi del contesto può dirsi completata con successo, una volta compiuta la ricostruzione dell'ente in uffici e dei processi di competenza di questi ultimi presso l'amministrazione in esame (all'esito della valutazione del contesto esterno e della struttura organizzativa e funzionale dell'ente). Come detto, a seconda del grado di analiticità, i processi potranno essere o meno descritti compiutamente, a partire dall'*input* e fino al relativo *output*.

Ciò posto, le norme di dettaglio descrivono il metodo per affrontare la seconda macro-fase del processo di (costruzione del sistema di) gestione del rischio, ossia quella della «valutazione» (ii).

In particolare, essa si suddivide in tre sotto-fasi, in cui il rischio va identificato, analizzato e ponderato rispetto agli altri rischi, presumibilmente al fine di individuare le priorità di intervento e le possibili misure di prevenzione.

La prima sotto-fase⁵⁶ dell'«identificazione del rischio» si propone di riconoscere i comportamenti o fatti o atti di cattiva amministrazione (o di corruzione in senso stretto) che possono verificarsi negli uffici e nei processi di relativa competenza, mirando a definire il rapporto tra «uffici e processi» e «rischio corruttivo».

Sul piano operativo, le indicazioni metodologiche stabiliscono che, ai fini dell'«identificazione del rischio», bisogna muovere dalla definizione dell'«oggetto dell'analisi», per servirsi all'uopo di specifiche «tecniche di identificazione» che presuppongono un lavoro di studio di alcune fonti

⁵⁶ Ivi, pp. 28-30.

informative, per addivenire a individuare «quali sono i rischi» (“dandogli un nome”). Con riguardo al primo passaggio operativo, anche qui l'amministrazione sceglie il livello di analisi cui accedere, giacché l'oggetto dell'analisi può essere l'intero processo di competenza dell'ufficio oppure una o più delle singole attività di cui esso si compone. Quanto al secondo, va precisato che per «tecniche» si intendono i modi di utilizzo delle fonti informative interne (incontri o segnalazioni, anche informali) ed esterne (dati giudiziari o giornalistici), anche già verificate in sede di analisi di contesto esterno e interno. Infine, il terzo passaggio operativo si concreta nell'elaborazione di un elenco di possibili eventi rischiosi (di diverso grado di probabilità) per uffici e processi, sino a farli corrispondere con le relative, singole attività, alla ricerca della sua «causa».

La seconda sotto-fase dell'«analisi del rischio»⁵⁷ intende garantire una comprensione più approfondita degli eventi rischiosi in precedenza identificati ed elencati per uffici e processi (ed eventualmente per singole attività), alla ricerca dei «fattori abilitanti» e del «livello di esposizione al rischio».

In particolare, le norme di dettaglio evidenziano la necessità di muovere dal “cosa”, ossia i rischi riconosciuti e individuati, verso il “perché” degli eventi, vale a dire le cause che comportano la probabilità che si verifichi il comportamento, il fatto o l'atto di *maladministration*. Tali cause vanno intese quali fattori di contesto, che provocano o agevolano il possibile verificarsi di eventi di corruzione, e sono definite nelle indicazioni metodologiche come «fattori abilitanti»; a fini operativi, l'ANAC ne fornisce un utile elenco esemplificativo (per es., l'eccessiva complessità e scarsa chiarezza della normativa di riferimento; la scarsa responsabilizzazione interna, l'inadeguatezza o assenza di competenze del personale addetto ai processi etc.).

Soltanto dopo aver chiarito il “perché” degli eventi di rischio individuati, è richiesta la stima del livello di esposizione al rischio.

Dal punto di vista operativo, occorre scegliere l'approccio qualitativo o quantitativo per condurre la valutazione, cioè basandosi rispettivamente sull'impatto e sulla probabilità (statistica) del verificarsi dell'evento. Quindi, soltanto dopo averlo individuato e meditato circa i suoi presupposti causali, il rischio va valutato sul duplice piano della «probabilità» e

⁵⁷ Ivi, pp. 31-35.

dell'«impatto», combinando i due parametri, dando vita a un «giudizio sintetico».

Com'è agevole intuire, la probabilità si riferisce al grado di possibilità che l'evento di corruzione o *maladministration* si verifichi e va calcolata in base a elementi di carattere oggettivo, quali a esempio la sussistenza di precedenti (dati giudiziari, giornalistici, segnalazioni anche informali etc.), e di carattere soggettivo, tenendo conto delle risultanze dello studio del contesto interno ed esterno. Invece, l'impatto è da misurarsi guardando alle conseguenze dirette (per es. gli effetti sull'appalto o sul concorso) e indirette (l'immagine dell'ente etc.) sull'amministrazione e l'intera società civile nel rapporto con essa.

Infine, durante la successiva sotto-fase della «ponderazione del rischio»⁵⁸, occorre stabilire le «priorità» tra i rischi da trattare mediante le misure di prevenzione (e/o altre azioni organizzative per ridurre la probabilità degli eventi a maggiore o minore rischio).

L'«analisi del contesto» e la «valutazione del rischio» sono seguite dalla terza macro-fase del sistema di gestione (*iii*), che consiste nel relativo «trattamento», il cui obiettivo si risolve nell'individuazione e fissazione delle misure adeguate a fronteggiarlo, mirando a definire il rapporto tra «prevenzione» e «rischio di corruzione».

In particolare, essa si distingue nell'«individuazione delle misure» di prevenzione e nella relativa «programmazione». Ciò significa che, per i rischi identificati e valutati (e le singole attività o processi di competenza degli uffici cui si riferiscono) è stabilito l'elenco delle misure di prevenzione della corruzione, da programmare e attuare secondo un ordine di priorità.

Con riguardo alla prima sotto-fase dell'«identificazione delle misure»⁵⁹, le indicazioni metodologiche distinguono le misure dal punto di vista «oggettivo» e «soggettivo», cioè incidenti sull'organizzazione o sul funzionamento dell'ente pubblico.

Inoltre, occorre tener distinte le misure «generali» da quelle «specifiche»: le prime investono trasversalmente l'organizzazione dell'amministrazione (per es., l'applicazione della disciplina sul c.d. *whistleblowing* o del testo unico trasparenza); invece, le seconde si attuano per singoli uffici, o

⁵⁸ Ivi, pp. 36-37.

⁵⁹ Ivi, pp. 38-42.

processi degli uffici, o specifiche attività dei processi di competenza degli uffici.

Infine, sono individuate numerose categorie, tra cui vanno menzionate le misure di controllo, di trasparenza, regolamentazione, semplificazione, formazione, rotazione etc., ben riconducibili alle precedenti categorie (oggettive o soggettive; generali o specifiche). In ogni caso, le indicazioni metodologiche prescrivono la necessità di individuare misure «adatte» alle caratteristiche del contesto strutturale e funzionale, «capaci» di neutralizzare i rischi, o addirittura i fattori abilitanti, oltre che «sostenibili» sul piano economico e organizzativo. Sul piano della relativa formalizzazione (o rappresentazione), le misure devono essere individuate con accuratezza, cioè va garantita l'intelligibilità dell'atto o del comportamento da adottare o tenere, nonché l'obiettivo perseguito in termini di prevenzione.

Una volta individuate le misure, si apre la sotto-fase della «programmazione»⁶⁰, che si svolge al fine di individuare le «modalità» di attuazione della misura, le eventuali «fasi», la «tempistica» necessaria, le «responsabilità» e i c.d. «indicatori di monitoraggio». Infatti, può essere necessario stabilire una serie di atti prodromici alla sua adozione, ovvero articolare la relativa attuazione in fasi, dato il necessario coinvolgimento di più uffici, in tal caso indicando i responsabili dell'adozione degli atti propedeutici alle misure (e/o alle relative fasi), oppure fissare un cronoprogramma per ciascuna fase.

In tale contesto di programmazione, che varia a seconda del tipo, del campo di applicazione e dell'entità della misura, figurano gli indicatori di monitoraggio, finalizzati a garantire l'adozione di correttivi ogniqualvolta uno o più degli elementi elencati (modalità, fasi, tempi, responsabilità) si dimostrino inadeguati all'effettiva attuazione delle misure.

Al termine delle macro-fasi «centrali», secondo una logica «sequenziale» ma soprattutto «ciclica», dall'individuazione e programmazione delle misure da attuare, si passa alle «fasi trasversali»: (i) il monitoraggio e riesame dei risultati; (ii) la consultazione e la comunicazione.

Il monitoraggio e il riesame assumono, rispettivamente, un approccio «particolare» e «generale»⁶¹. Infatti, il «monitoraggio» va inteso come fase permanente di verifica dello «stato di attuazione» nonché della «capacità» e «adeguatezza» delle singole misure di trattamento del rischio (che può

⁶⁰ Ivi, pp. 43-45.

⁶¹ Ivi, pp. 46-51.

essere distinto in due livelli, il primo appannaggio degli ausiliari, il secondo del RPCT). Invece, il «riesame» consiste nell'attività svolta a intervalli costanti sulla generale tenuta del complessivo sistema di gestione del rischio.

Infine, alle due ulteriori fasi menzionate, si aggiungono «consultazione e comunicazione»⁶², anch'esse trasversali rispetto alle precedenti, ove la prima prevede il coinvolgimento dei soggetti interni ed esterni (rispettivamente, personali e organi politici etc. e cittadini, associazioni etc.) all'amministrazione, sempre al fine di reperire informazioni e dati utili da utilizzare nell'analisi del contesto, nell'individuazione dei rischi e nel relativo trattamento; per contro, la seconda implica attività di comunicazione tra soggetti interni ed esterni (dirigenti e responsabili degli uffici con il RPCT e tra quest'ultimo e gli organi di indirizzo politico e l'OIV), in ogni caso per favorire il confronto a scopi di monitoraggio e riesame delle misure e dell'intero sistema.

Orbene, terminata l'analisi del sistema di gestione del rischio di corruzione, esaminato nelle sue fasi e sotto-fasi, centrali e trasversali, possono formularsi le prime osservazioni sui caratteri che il modello di prevenzione e contrasto del rischio di riciclaggio potrebbe (o dovrebbe) assumere.

Innanzitutto, occorre conservare (e preservare) il principio generale dell'approccio flessibile, contestualizzato e concreto per l'elaborazione del sistema di gestione rischio di riciclaggio, che in tal caso va attuato tenendo conto delle peculiarità di ciascuna amministrazione e, soprattutto, degli uffici responsabili dei doveri di comunicazione di operazioni sospette.

Però, a tal fine non possono ragionevolmente applicarsi le disposizioni di legge e di regolamento sugli obblighi di collaborazione attiva dei dipendenti e dei dirigenti con il RPCT, cui sono affidati essenziali compiti di coordinamento ed elaborazione per la pianificazione anticorruzione⁶³; ecco perché, come suggerito dalla dottrina, occorrerebbe un intervento legislativo volto all'ingresso degli obblighi antiriciclaggio all'interno del codice nazionale di comportamento dei dipendenti pubblici, e di conseguenza, in quelli dei singoli enti pubblici⁶⁴.

In secondo luogo, il principio di consequenzialità diviene, anche per

⁶² Ivi, pp. 52-54.

⁶³ Il riferimento è rivolto ai citati artt. 16, comma 1-bis, lettera l-ter, d.lgs. 165/2001 e 8, d.P.R. 62/2013.

⁶⁴ Cfr. C. NICOLOSI, *Anticorruzione e antiriciclaggio: spunti critici*, op. cit., pp. da 97 a 99.

l'antiriciclaggio, indispensabile per garantire l'effettività del sistema di gestione del rischio, giacché dalla completezza e qualità delle mappature dipende la capacità di riconoscere i rischi, come dall'analisi dei relativi fattori abilitanti dipende l'individuazione delle migliori misure per prevenirli e contrastarli.

Tuttavia, in questa sede il principio trova soltanto parziale attuazione, in quanto risultano giocoforza assenti diverse sotto-fasi, essenziali per la prevenzione del rischio di corruzione, ma superflue per la gestione del rischio AML/CFT.

Tale impostazione sembra trovare conferma nella lettera del decreto antiriciclaggio, in prima battuta ove fa riferimento non all'analisi del contesto (né esterna, né interna), bensì direttamente alla mappatura delle procedure. Infatti, l'analisi del contesto esterno, quale primo momento di studio dell'amministrazione dal punto di vista dei rapporti che intercorrono con l'ambiente esterno, è preordinata proprio all'individuazione di possibili rischi per gli uffici dell'ente pubblico; però, poiché non si tratta di individuare possibili e diversi rischi di *maladministration*, bensì sempre del predeterminato rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, tale sotto-fase può ritenersi inessenziale alle successive fasi in un'ottica consequenziale. Lo stesso ragionamento non può estendersi all'analisi del contesto interno, rivolta alla struttura dell'ente pubblico, che è indispensabile alle mappature dei processi; pertanto, la sua assenza nell'enunciato legislativo può ritenersi frutto della scelta del legislatore di evitare di duplicare un'analisi da compiersi già in sede antiriciclaggio, la cui previsione avrebbe portato a un'inutile duplicazione; del resto, lo studio dell'organigramma e, più in generale, della struttura dell'amministrazione non cambia a seconda degli obiettivi, cioè porta agli stessi esiti se svolto a fini anticorruzione o antiriciclaggio.

Adottando per ipotesi la tesi per cui il legislatore si riferisce direttamente alle mappature dei procedimenti poiché gli oneri dell'analisi del contesto esterno e della struttura dell'ente sono già assolte in sede anticorruzione, a maggior ragione va ritenuto autonomo il sistema di gestione del rischio di riciclaggio. Ciò, in quanto il decreto richiederebbe ragionevolmente un'ulteriore e diversa mappatura per tutti i procedimenti degli uffici responsabili, ai fini di riconoscere gli indicatori di anomalia e, conseguentemente, comunicare le operazioni sospette all'UIF.

In altri termini, sarebbe richiesta una mappatura *ad hoc*, cioè flessibile,

concreta e contestualizzata secondo la prospettiva della prevenzione dei rischi AML/CFT, già tenendo a mente quali sono i pericoli da mitigare, diversamente da quanto avviene per l'antiriciclaggio, dove la mappatura è tesa proprio a individuare i possibili rischi per gli uffici degli enti pubblici.

In ogni caso, è senza dubbio richiesta dalla legge la «mappatura» delle procedure ai fini antiriciclaggio, secondo quell'approccio flessibile, contestualizzato e concreto e in una prospettiva di consequenzialità nel rapporto con le successive fasi per l'elaborazione del sistema di gestione del rischio. Questa può utilmente servirsi della nozione di “processo”, della quale si è detto in precedenza, proprio nella prospettiva di orientare la ricostruzione delle attività degli uffici responsabili verso l'obiettivo del riconoscimento delle fattispecie anomale, per comunicarle all'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia.

Pertanto, nell'ambito dei procedimenti e delle procedure per le quali sono previsti gli obblighi antiriciclaggio, la mappatura deve consistere nell'individuazione dei processi di competenza degli uffici, delle relative attività e infine responsabilità, anche al fine di stabilire consequenzialmente le misure di prevenzione da adottare con riferimento a specifiche attività e, quindi, a specifici organi competenti. Basti pensare che gli indicatori di anomalia in materia di contratti pubblici, come si vedrà in seguito, riguardano tutte le fasi delle procedure (dalla partecipazione, all'aggiudicazione, all'esecuzione e alla gestione in generale delle commesse); sicché, le misure di prevenzione ben potrebbero e in più applicarsi a diversi soggetti responsabili per lo stesso processo (per es. l'uso delle *check-list* prima da parte del funzionario e poi del dirigente dell'ufficio; oppure, prima dal responsabile di fase e poi dal responsabile di progetto, appartenente ad altro ufficio).

Quanto alla successiva macro-fase della «valutazione del rischio», è agevole rilevare che la sotto-fase dell'«identificazione» sembra potersi ritenere superflua se non addirittura assente, dato che sono in esame i predeterminati rischi AML e CFT. Poi, con riferimento alla successiva sotto-fase della analisi del rischio, appare altresì sovrabbondante sia la ricerca dei relativi fattori abilitanti (chiedendosi il “perché” di questi rischi), sia la già di per sé secondaria valutazione dell'impatto e della probabilità, che non aggiungono nulla in termini di approccio concreto ai fenomeni, né corruttivi né di riciclaggio; anzi, sovente complicano il quadro aggravando la pianificazione e la relativa rappresentazione (spesso in forma tabellare).

La stessa prospettiva interessa la «ponderazione» del rischio, orientata a fissare una sorta di classifica di priorità da adottare nell'affrontare i fenomeni di *maladministration*, ma che in questo caso si presenta priva di pregio sul piano operativo, giacché si tratta di una sola categoria di rischi; peraltro, l'UIF ha pure precisato che i controlli finalizzati al riconoscimento di indicatori di anomalia e alla comunicazione di operazioni sospette prescinde dall'entità delle operazioni stesse.

Tanto premesso sulle macro-fasi dell'analisi del contesto e della valutazione del rischio, bisogna evidenziare che il successivo «trattamento del rischio», a sua volta suddiviso in «individuazione» e «programmazione» delle misure, trova già pieno riscontro nel decreto antiriciclaggio e nelle norme di dettaglio (*id est*: le Istruzioni dell'UIF sulle comunicazioni di operazioni sospette, su cui v. par. 5).

In particolare, da un lato, la disciplina nazionale impone di svolgere attività di “formazione” mirata per consentire ai dipendenti, preposti agli uffici responsabili dei doveri di comunicazione, di riconoscere le operazioni sospette e quindi di segnalarle all'UIF; dall'altro lato, le istruzioni della Banca d'Italia forniscono un diffuso elenco di “indicatori di anomalia”, quale base per la formazione e lo studio dei dipendenti pubblici competenti a fini antiriciclaggio, promuovendo l'omogeneità e la qualità delle comunicazioni di operazioni sospette e agevolandone il riconoscimento; del resto, quel che si richiede è la capacità di individuare fattispecie sospette, non di svolgere analisi finanziarie complesse al posto dell'UIF o della GdF o di altra Autorità pubblica.

Pertanto, gli indicatori di anomalia (in forma di *check-list*) e la formazione specialistica ben possono configurarsi quali “prime” misure di prevenzione del rischio di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo.

Con riferimento a esse, la sotto-fase della «programmazione» appare indispensabile per verificare lo stato di attuazione delle misure e, quindi, il grado di conoscenza e di *expertise* dei dipendenti preposti agli uffici responsabili, nonché il grado di funzionalità (efficacia ed efficienza) delle liste di verifica.

Lo stesso vale per le successive fasi trasversali del «monitoraggio» e del «riesame», rispettivamente volte a valutare lo stato di attuazione della formazione e delle *check-list* e, quindi, quanto risultano adatte allo scopo e operative, nonché il funzionamento del sistema generale dopo un certo periodo di tempo, da valutare in base ai dati del RPCT/Gestore (per es.,

se sono pervenute comunicazioni dai dipendenti, ai dirigenti e al Responsabile stesso).

Infine, la consultazione e la comunicazione appaiono utili per reperire ulteriori informazioni da utilizzare ai fini di opportune modifiche del sistema di gestione e per condividere i risultati con gli altri organi dell'ente, anche di indirizzo politico, per ottenere buone proposte.

Conclusivamente, tra i sistemi di gestione dei rischi anticorruzione e antiriciclaggio emergono diverse analogie e altrettante differenze, derivanti dalle specificità del modello definito in via generale dal legislatore e dalle caratteristiche del fenomeno AML/CFT. In particolare, l'autonomia e le peculiarità della prevenzione del rischio-riciclaggio, rispetto ai presidi anticorruzione, portano a optare per la preliminare e necessaria elaborazione di sistemi indipendenti. Solo successivamente, essi potranno essere integrati nella predetta prospettiva della gestione integrata, cioè una volta raggiunta la piena maturità sul piano operativo. Infatti, si ritiene che la sovrapposizione dei sistemi sia prematura, richiedendo prima uno sforzo di rieducazione delle indicazioni metodologiche per l'elaborazione dei sistemi di gestione dei rischi AML/CFT, da rivolgere pure al modello anticorruzione per eliminare inutili complicazioni. Nella prospettiva di una semplificazione efficace ed efficiente, occorre però un indispensabile sforzo di dotare gli uffici responsabili degli strumenti essenziali per riconoscere gli indicatori di anomalia e quindi le operazioni sospette, a partire dalla mappatura dei processi al fine di ricostruire le relative responsabilità e le misure da applicare, per poi passare all'applicazione delle misure di prevenzione per riconoscere i fenomeni criminosi.

4.2 *Verso un modello «induttivo» sorto dalla prassi amministrativa*

Dopo aver indagato “pregi e difetti” della pianificazione «a cascata», nonché le principali “analogie e differenze” tra il sistema di gestione del rischio di corruzione e il possibile modello antiriciclaggio, occorre esaminare la buona prassi amministrativa degli enti pubblici che collaborano attivamente con l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia. Come detto in apertura, la mancanza dell'atto di indirizzo del CSF sulle mappature, sull'analisi del pericolo AML/CFT e sull'individuazione delle misure per prevenirlo, ha portato le poche pubbliche Amministrazioni attive ad adottare sistemi di gestione del rischio tra loro diversi. Così, le scelte degli

enti pubblici che hanno effettuato comunicazioni di operazioni sospette hanno gettato le basi per l'elaborazione del nuovo modello di prevenzione del rischio in esame, a partire dalle modalità di analisi del contesto, passando per la valutazione del rischio, fino ad arrivare all'individuazione delle misure di prevenzione e contrasto del fenomeno del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo prescelte.

In altri termini, sebbene in assenza di specifiche linee-guida nazionali in tema che, secondo la tradizionale impostazione «a cascata», orientano le strategie di gestione del rischio, alcune pubbliche Amministrazioni si sono comunque spinte nel tentativo di individuare autonomamente le soluzioni efficaci per garantire il riconoscimento degli indicatori di anomalie e la comunicazione di operazioni sospette all'UIF. Pertanto, tali esperienze hanno già di recente tracciato il percorso virtuoso lungo il quale ricercare le migliori soluzioni, anche innovative rispetto al modello tradizionale, che con metodo «induttivo» hanno gettato le basi per un approccio efficace ed efficiente al rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Sicché, una volta esplorato il presumibile passaggio dalla pianificazione nazionale anticorruzione a quella antiriciclaggio, la ricerca procede “da casi particolari per addivenire a conclusioni generali” sulle regole essenziali per garantire l'efficacia dei sistemi di gestione dei rischi AML e CFT. Come detto, a tal fine, occorre prendere le mosse dalle buone pratiche sorte dall'esperienza degli enti pubblici attivi, che svolgono in concreto attività collaborativa con la FIU nazionale.

Invero, a oggi tra le fonti dottrinali e ufficiali sul tema, figura soltanto una prima accurata indagine empirica sui presidi AML/CFT, i cui presupposti ed esiti appaiono indispensabili per distinguere le *best practice* degli enti attivi, al fine di elaborare degli standard amministrativi per la prevenzione del rischio di riciclaggio⁶⁵.

In via preliminare, bisogna perimetrare il “campo di analisi” e le “finalità” del predetto studio della Comunità pratica degli RPCT che, come anticipato, riguarda la prassi delle pubbliche anche allo scopo di individuare le possibili prospettive di gestione integrata dei rischi antiriciclaggio e anticorruzione. Quindi, l'obiettivo è duplice e si apre alla ricerca di

⁶⁵ Cfr. lo studio della Comunità pratica RPCT presso la SNA, dal titolo *I doveri anti-riciclaggio nella pubblica amministrazione. Un'analisi empirica dei fattori abilitanti svolta nell'ambito della Comunità di pratica degli RPCT*, 2023, reperibile in www.sna.gov.it, realizzato dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione, in attuazione del Quinto Piano d'Azione Nazionale per il governo aperto (5NAP).

possibili prospettive di superamento della c.d. logica a silos dell'approccio basato sul rischio, ove anticorruzione e antiriciclaggio ancora non trovano soluzioni comuni.

Tanto premesso sull'«oggetto» e sugli «obiettivi» della ricerca, va evidenziato che nell'ambito dei «soggetti» coinvolti, figurano due categorie: da un lato, coloro i quali hanno organizzato e diretto il progetto di ricerca (c.d. «gruppo di lavoro»), selezionando gli enti pubblici ammessi a partecipare, ove già segnalanti e presumibilmente provvisti di misure antiriciclaggio; dall'altro, RPCT e Gestori che hanno candidato le proprie amministrazioni per concorrere ad alimentare lo scambio di esperienze e buone pratiche, fornendo la propria visione su possibili modelli di gestione del rischio di riciclaggio, anche secondo la prospettiva integrata con l'anticorruzione⁶⁶.

Va precisato che tale approccio «olistico» alla prevenzione dei rischi, che trova saldo fondamento in dottrina⁶⁷ e nel nuovo indirizzo stabilito dall'ANAC⁶⁸, si esplica almeno su tre diversi piani: su quello «teleologico», giacché antiriciclaggio e anticorruzione mirano a tutelare l'integrità e la legalità dell'amministrazione pubblica; sul piano «oggettivo», in quanto i sistemi di gestione si servono di un approccio basato su analisi del contesto, individuazione dei rischi e delle misure per prevenirli, con l'ausilio anche di canali di comunicazione di fattispecie illecite (basti pensare alla richiamata disciplina del *whistleblowing*); su quello «soggettivo», attesa la scelta di concentrare nel RPCT anche i compiti antiriciclaggio propri del Gestore, in parte analoghi per la parte relativa alla gestione del rischio.

Quanto alle «modalità» con cui è stata condotta l'analisi, risulta che le attività del gruppo di lavoro presso la SNA si sono svolte secondo eventi formativi, incontri e confronti collettivi e individuali con gli enti pubblici partecipanti, per trattare dell'antiriciclaggio dal punto di vista delle misure concrete poste in essere per l'individuazione degli indicatori di anomalia,

⁶⁶ Più precisamente, l'indagine ha coinvolto ben ventitré (23) amministrazioni, selezionate secondo due principali criteri: il primo «segnalatico», per cui l'ente pubblico deve aver effettuato almeno una comunicazione di operazione sospetta all'UIF; il secondo «temporale», per cui la predetta comunicazione dev'essere stata inviata nei due anni precedenti. Tra gli enti pubblici selezionati, figurano diverse tipologie, quali: comuni, regioni, province, città metropolitane, società pubbliche nazionali, regionali o locali.

⁶⁷ C. NICOLOSI, *Anticorruzione e antiriciclaggio: spunti critici*, op. cit.

⁶⁸ Vedasi in tal senso il già citato Piano Nazionale Anticorruzione 2022-2024, in www.anticorruzione.it.

la valutazione e la comunicazione di operazioni sospette. Pertanto, le amministrazioni selezionate hanno presentato le proprie prassi, elaborate autonomamente in assenza delle predette linee-guida.

In particolare, la ricerca si appunta sull'individuazione dei c.d. «fattori abilitanti», da non intendersi secondo l'accezione dell'anticorruzione⁶⁹, bensì come quelle misure organizzative o funzionali, soggettive o oggettive etc., ritenute dalle amministrazioni attive come “indispensabili” ai fini del riconoscimento delle anomalie e delle comunicazioni di operazioni sospette alla FIU nazionale.

A tal fine, è stato individuato a priori dal gruppo di lavoro un «set» di fattori abilitanti, annoverabili nelle seguenti aree tematiche: capitale umano, sociale e tecnologico; organizzazione; rendicontazione; riconoscimento degli organi di indirizzo; assistenza e *networking* tra istituzioni. In tale contesto, ciascuna delle amministrazioni coinvolte nella ricerca è stata chiamata a indicare gli «specifici fattori abilitanti» che, nella propria e autonoma esperienza, hanno rivestito un ruolo fondamentale per il riconoscimento degli indicatori di anomalia e le conseguenti comunicazioni di operazioni sospette all'UIF.

In altri termini, gli enti pubblici coinvolti hanno selezionato, tra quelle indicate dalla Comunità degli RPCT, le misure di prevenzione di sperimentato rilievo pratico ai fini della collaborazione attiva con la FIU nazionale.

Così, dallo studio è emerso che le opinioni dei RPCT/Gestori partecipanti convergono su pochissimi fattori abilitanti, i cui caratteri possono essere così riassunti: «origine empirica», poiché la loro utilità discende dall'aver intuitivamente (o per fortuna) determinato il successo della regola di AML, cioè il riconoscimento delle anomalie, senza predeterminazione da parte di atti di indirizzo; «indispensabilità a fini di collaborazione attiva», giacché ritenuti *condicio sine qua non*, secondo un ragionamento causa-effetto tra fattore abilitante e riconoscimento dell'anomalia e comunicazione.

Sicché, tali fattori (o misure) presentano un comprovato «rilievo pra-

⁶⁹ Cfr. il predetto allegato 1, PNA 2019, pp. 31 e ss. ove essi sono definiti «fattori di contesto che agevolano il verificarsi di comportamenti o fatti di corruzione», quali ad esempio: «l'esercizio prolungato ed esclusivo della responsabilità di un processo da parte di pochi o di un unico soggetto; la scarsa responsabilizzazione interna; l'inadeguatezza o assenza di competenze del personale addetto ai processi; l'inadeguata diffusione della cultura della legalità nell'ufficio (etc.).

tico, i quali, per quanto limitati alle poche amministrazioni coinvolte, e per quanto si tratti di argomenti e valutazioni per natura opinabili, hanno portato al riconoscimento di fattispecie sospette e alla comunicazione di operazioni anomale.

Dallo studio emerge, inoltre, che gli altri fattori individuati in sede di ipotesi dalla SNA, pur selezionabili in quanto considerati importanti in linea teorica, non lo erano in concreto, dal momento che non venivano selezionati da quasi nessuna amministrazione. Al contrario, questi si caratterizzano per: «origine teorica e dogmatica», in quanto la loro utilità discende da ragionamenti deduttivi e fondati su pretese analogie con i presidi antiriciclaggio; «non indispensabilità» o addirittura «inutilità», poiché ritenuti non decisivi o superflui nell'organizzazione e funzionamento dei presidi AML.

Quindi, con riferimento alle altre misure discende la mancanza di rilievo pratico, totale o parziale, il cui ruolo è smentito sul piano empirico da parte degli enti pubblici coinvolti nella ricerca in commento.

Nell'ambito della prima categoria, cioè delle misure di prevenzione (o fattori abilitanti) ritenuti «indispensabili» e, pertanto, rilevanti dal punto di vista pratico, si annoverano prima di tutto: la «collaborazione con gli uffici che gestiscono processi a rischio»; le collegate «competenze dei soggetti coinvolti nella filiera interna della comunicazione e del personale responsabile di sviluppare e inviare le segnalazioni»; nonché, la «capacità di integrare presidi antiriciclaggio e obiettivi istituzionali». A questi, si collegano la «qualità e i risultati della formazione erogata» in materia e il «confronto dialettico», tra RPCT/Gestore e uffici responsabili, nonché la complementarietà e integrazione tra le misure AML/CFT e gli altri *target* istituzionali dell'ente pubblico.

Per contro, tra i fattori abilitanti ritenuti non indispensabili o persino inutili, si annoverano: la «disponibilità di soluzioni tecnologiche dedicate»; la «partecipazione a reti, tavoli di lavoro, coordinamenti che coinvolgono istituzioni e amministrazioni a livello locale»; il «ricorso a consulenze esterne»; l'«appoggio e/o impegno da parte degli organi di indirizzo politico»; e, infine, la «partecipazione a reti di esperti di settore», le «forme ed efficacia della comunicazione istituzionale e ritorno in termini di percezione», la «sensibilità agli *input* provenienti dal contesto esterno».

Pertanto, dall'analisi svolta emerge la centralità delle misure di prevenzione e contrasto del rischio che incidono concretamente sull'«or-

ganizzazione» degli uffici responsabili e il relativo coordinamento con il Gestore e i relativi ausiliari, sull'imprescindibile presupposto dell'adeguata formazione e conseguente competenza ed *expertise* del «capitale umano».

Sicché, in primo luogo, appare essenziale la competenza dei soggetti preposti agli uffici responsabili, competenti a rilevare le anomalie; parimenti, lo è coinvolgere nella filiera di comunicazione persone che abbiano competenze adeguate; nonché, definire forme di collaborazione e di dialogo con il RPCT/Gestore e i suoi eventuali ausiliari.

In secondo luogo, è fondamentale inserire le attività AML nella *mission* istituzionale e predisporre le misure di formazione e organizzative essenziali per il concreto riconoscimento degli indicatori di anomalia e quindi delle fattispecie di sospetto.

In terzo luogo, emerge che l'invio di comunicazioni di operazioni sospette alla UIF non richiede necessariamente ingenti investimenti, in termini di consulenze e acquisto di soluzioni tecnologiche, né il coinvolgimento o l'impegno degli organi di indirizzo politico. Forme di rendicontazione, capitale tecnologico e sociale, assistenza e reti di esperti e *networking* tra istituzioni risultano del tutto "secondarie" rispetto al capitale umano e all'organizzazione tra uffici responsabili e gestore, quali essenziali "sostanza e forma" del sistema amministrativo di comunicazione di operazioni sospette.

In definitiva, dal pur circoscritto studio sulle buone pratiche delle amministrazioni attive nel sistema antiriciclaggio, si desume un modello «induttivo» fondato sull'apporto centrale del «capitale umano», per il riconoscimento e le comunicazioni di operazioni sospette, da intendersi quale conoscenza, competenza e sensibilità all'individuazione degli indicatori di anomalia; tale presupposto, in uno con l'introduzione di «misure organizzative» volte a garantire il concreto dialogo e la collaborazione interna tra gli uffici responsabili e il RPCT/gestore, permette di procedere verso l'effettività del modello di gestione del rischio, anche nella prospettiva generale dell'integrazione con il sistema anticorruzione, in parte analogo e diverso, sia sul piano strutturale, sia su quello funzionale.

5. *Norme di attuazione per la collaborazione attiva degli enti pubblici con l'UIF*

Come detto, la disciplina nazionale dell'antiriciclaggio impone all'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia di stabilire le «norme attuative» per abilitare e promuovere la collaborazione attiva delle pubbliche amministrazioni, ossia la comunicazione di operazioni sospette di AML/CFT in presenza di fatti, atti e comportamenti che presentino profili di anomalia. In particolare, il decreto antiriciclaggio affida all'UIF il compito di stabilire i «dati e le informazioni» da trasmettere, le relative «modalità» e i «termini», nonché gli «indicatori di anomalia» per agevolare la rilevazione delle operazioni sospette e la conseguente segnalazione da parte degli enti pubblici⁷⁰.

Sicché, la FIU italiana ha adottato le «Istruzioni sulle comunicazioni di dati e informazioni concernenti le operazioni sospette da parte degli uffici delle pubbliche amministrazioni», le quali regolano il campo di applicazione, i presupposti, i contenuti, le forme e i mezzi per effettuare le comunicazioni e individua i c.d. “indicatori di anomalia”; oltre a stabilire alcuni presidi fondamentali a garanzia della riservatezza dei dipendenti pubblici, precisando le differenze sostanziali della mera segnalazione rispetto alla denuncia di reato⁷¹.

Quanto al “campo di applicazione”, cioè al tipo di operazioni sospette da comunicare, le norme di dettaglio stabiliscono che le comunicazioni vanno effettuate anche nel caso in cui esse siano «rifiutate» o «interrotte» presso le pubbliche amministrazioni, involgendo non soltanto le operazioni «compiute» (si pensi al contratto pubblico affidato, al finanziamento pubblico erogato etc.)⁷². Inoltre, le segnalazioni devono essere

⁷⁰ Come anticipato, gli indicatori di anomalia (cfr. art. 10, comma 4, d.lgs. 231/2007) consistono nei segnali, comportamenti o elementi oggettivi che secondo l'UIF possono suggerire la presenza di attività sospette di riciclaggio di denaro o finanziamento del terrorismo.

⁷¹ Come detto, emanate dall'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, il 23 maggio 2018, pp. 1-12, reperibili sul sito istituzionale uif.bancaditalia.it.

⁷² Cfr. le predette *Istruzioni sulle comunicazioni di dati e informazioni concernenti le operazioni sospette da parte degli uffici delle pubbliche amministrazioni*, all'art. 1, comma 3, ove il riferimento a operazioni “interrotte” o “rifiutate” implica, in presenza di indicatori di anomalia rilevati dall'ufficio, la comunicazione dell'operazione sospetta anche qualora l'amministrazione non abbia erogato alcun beneficio o altra corresponsione di risorse pubbliche (es. non ha affidato il contratto a quell'operatore economico sospetto, oppure ha rigettato l'istanza per accedere ai fondi pubblici).

svolte «indipendentemente dalla rilevanza e dall'importo» dell'operazione sospetta; quindi, l'entità della manovra anomala non rileva ai fini dell'attività di controllo, né tantomeno rispetto alla conseguente comunicazione⁷³.

Quanto al “contenuto” delle comunicazioni, le istruzioni stabiliscono la relativa articolazione in quattro parti⁷⁴: la prima riguarda i «dati identificativi» della pubblica amministrazione e dell'operazione e precisa se il sospetto riguarda il fenomeno del riciclaggio o quello del finanziamento del terrorismo; la seconda illustra gli «elementi informativi» in forma strutturata dell'attività sospetta (oggetti, soggetti, rapporti, legami etc.); la terza consiste nella descrizione in forma libera degli «elementi» dell'operazione anomala e dei motivi di sospetto; la quarta consiste negli eventuali documenti da allegare.

Sulle “modalità di comunicazione”, le indicazioni prevedono l'utilizzo del portale «Infostat-UIF» presso il sito istituzionale della Banca d'Italia, che richiede la preventiva registrazione del Gestore per conto della propria Amministrazione di appartenenza; invero, è fatta salva la possibilità per gli enti pubblici di chiedere specifiche deroghe all'uso della modalità telematica⁷⁵.

Sul diverso piano della “tutela del segnalante”, le istruzioni rafforzano e specificano le disposizioni di legge a tutela della *privacy*, giacché prevedono che le pubbliche Amministrazioni devono assicurare la massima riservatezza dell'identità delle persone che svolgono la comunicazione e del relativo contenuto con misure proprie. Pertanto, la norma si riferisce alla “filiera” interna dell'antiriciclaggio, nell'ambito della quale occorre fissare delle regole a garanzia dei dipendenti pubblici che effettuano comunicazioni al Gestore (o, prim'ancora, al dirigente o responsabile dell'ufficio competente, a seconda dell'auto-organizzazione dell'ente pubblico)⁷⁶. Inoltre, a tutela della riservatezza dei funzionari preposti agli uffici che compiono comunicazioni (di I livello, per così dire), l'unico interlocutore delle segnalazioni viene individuato dall'UIF nella persona del RPCT/Gestore indicato in sede di iscrizione al portale “Infostat”⁷⁷.

Infine, le istruzioni della FIU ribadiscono che le comunicazioni di operazioni sospette da parte degli enti pubblici rappresentano un atto

⁷³ Cfr. art. 1, recante «Comunicazioni», comma 1, delle Istruzioni.

⁷⁴ Si v. i successivi artt. da 4 a 8.

⁷⁵ Cfr. art. 3, recante «modalità e termini», dell'atto in commento.

⁷⁶ In tal senso l'art. 1, comma 7.

⁷⁷ Cfr. art. 11, comma 2.

autonomo e distinto dalla denuncia di fatti penalmente rilevanti, rappresentando mere informazioni su operazioni sospette, fondate sulla sussistenza di indicatori di anomalia e altri elementi oggettivi e soggettivi, la cui valutazione è rimessa alla Banca d'Italia e, se del caso, alle altre autorità competenti, anche giudiziarie⁷⁸.

Sui "presupposti" delle segnalazioni, le istruzioni dell'UIF prevedono che l'accertamento dell'anomalia deve fondare su una valutazione complessiva degli «elementi oggettivi e soggettivi» dell'operazione, acquisiti durante l'attività istituzionale svolta dell'ufficio; e precisano che tali elementi possono discendere anche da dati e informazioni, sempre acquisiti dall'ente, però riguardanti operazioni eseguite presso altri soggetti obbligati a compiere segnalazioni (anche diversi da pp. aa.)⁷⁹.

Nel contesto degli elementi soggettivi e oggettivi a fondamento del sospetto, si inseriscono gli "indicatori di anomalia", ossia quegli aspetti o profili dell'operazione che, secondo l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, appartengono con probabilità a operazioni legate a fenomeni di AML o CFT⁸⁰. Questi ultimi sono disciplinati ed elencati nelle istruzioni dalla Banca d'Italia, al fine di promuovere il riconoscimento di comportamenti, atti e attività anomale da parte dei funzionari pubblici, contribuendo alla qualità (da intendersi come "non manifesta infondatezza") e all'omogeneità delle comunicazioni provenienti dalle pubbliche Amministrazioni⁸¹.

Tuttavia, l'elenco degli indicatori va inteso come meramente «esemplificativo», non esaustivo né tantomeno tassativo, quale mero strumento di ausilio per gli uffici pubblici competenti e i «Gestori» nella valutazione della sussistenza degli elementi (soggettivi e/o oggettivi) propri delle operazioni sospette. Ciò significa, da un lato, che la non sussumibilità

⁷⁸ In tal senso i *Quaderni dell'antiriciclaggio*, op. cit., per cui: «La comunicazione di operazioni sospette alla UIF non va confusa con la denuncia di reato all'Autorità giudiziaria che pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio sono tenuti a effettuare, in base all'art. 331 del codice di procedura penale, quando, per le informazioni acquisite nell'esercizio della funzione ovvero a causa delle funzioni o del servizio, hanno notizia di un reato perseguibile d'ufficio, e che si fonda sull'individuazione di fatti specifici corrispondenti a una fattispecie penalmente rilevante».

⁷⁹ V. il successivo comma 2, sempre all'art. 1.

⁸⁰ Cfr. art. 2, dal titolo «Indicatori di anomalia», nonché l'elenco generale e specifico per settore, contenuto nelle Istruzioni, pp. 6-12, che si avrà modo di approfondire nel paragrafo successivo.

⁸¹ In tal senso, art. 2, comma 1 delle norme di dettaglio dell'UIF.

della fattispecie concreta nell'ambito di un indicatore di sospetto non è sufficiente a escludere l'anomalia dell'operazione; dall'altro, che la mera riconducibilità del dato, fatto, atto o comportamento a un indicatore di anomalia non è idonea a dimostrare che l'operazione è sospetta; però, ben può fondare il sospetto quale punto di partenza per una più approfondita valutazione sul piano soggettivo e oggettivo⁸².

5.1 *Analisi e sintesi degli indicatori di anomalia quale "prima" misura di prevenzione*

Come anticipato, gli «indicatori di anomalia» consistono nei fatti, atti o comportamenti anomali da cui, secondo l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, emerge il sospetto che l'operazione in esame si presenti a rischio di riciclaggio di denaro o di finanziamento del terrorismo.

In particolare, questi sono elaborati e suddivisi dalla FIU nazionale in due macro-categorie: 1) indicatori e sub-indici «generalisti», valevoli per tutte le tipologie di operazioni e per i campi di attività amministrativa; 2) indicatori e sub-indici «specifici», da utilizzare per i settori «appalti e contratti pubblici», «finanziamenti pubblici» e «immobili e commercio»⁸³.

Quindi, gli indicatori «principali» sono sviluppati in sub-indici volti a «favorirne la lettura e la comprensione», da parte dei dipendenti pubblici chiamati a valutarne la sussistenza, rappresentando secondo l'UIF delle «esemplificazioni» dell'anomalia di riferimento; sicché, le relative circostanze oggettive e soggettive vanno esaminate congiuntamente a quelle dell'indicatore principale, che sia «generale» o riguardante settori «specifici»⁸⁴.

Tuttavia, l'elenco fornito dall'UIF appare «provvisto di analisi ma privo di sintesi», poiché si sviluppa a partire da indicatori «principali», rappresentati da complessi periodi unici e comunque generici, nel tentativo di raccogliere e riassumere gli innumerevoli indici «subordinati» (o sub-indici). Più precisamente, tali articolate proposizioni, che descrivono gli indicatori «principali», sembrano il risultato della mera somma alla

⁸² Cfr. il seguente comma 2, art. 2 delle Istruzioni.

⁸³ Cfr. sempre le *Istruzioni sulle comunicazioni di dati e informazioni concernenti le operazioni sospette da parte degli uffici delle pubbliche amministrazioni*, art. 2, comma 7.

⁸⁴ Ivi, art. 2, comma 6.

rinfusa degli indici «subordinati», piuttosto che della “sintesi” del tipo di anomalia sul piano sostanziale⁸⁵.

Presumibilmente, la circostanza potrebbe determinare difficoltà significative nello svolgimento dell'attività, del singolo funzionario pubblico preposto all'ufficio responsabile, di studio degli indicatori e soprattutto di ricerca in concreto di questi ultimi nell'ambito delle operazioni svolte dal privato nel rapporto con l'amministrazione.

A ben vedere, la stessa UIF ha precisato che le gli enti pubblici devono applicare gli indicatori rilevanti alla luce dell'attività istituzionale in concreto svolta⁸⁶: ciò significa che gli indicatori, “formalmente”, rappresentano il “punto di partenza” generale per l'indagine particolare sulla configurabilità e la relativa attinenza rispetto attività amministrativa svolta in concreto, rappresentando un elenco soltanto “esemplificativo”.

Però, è verosimile che gli enti pubblici possano non procedere autonomamente a riprogettare gli indicatori di anomalia a seconda delle pro-

⁸⁵ Si v., per esempio, il primo indicatore generale e principale dell'elenco: «Il soggetto cui è riferita l'operazione ha residenza, cittadinanza o sede in Paesi terzi ad alto rischio, ovvero opera con controparti situate in tali Paesi, e richiede ovvero effettua operazioni di significativo ammontare con modalità inusuali, in assenza di plausibili ragioni», che sintetizza in forma discorsiva e con un solo periodo ben cinque sub-indici: «Il soggetto cui è riferita l'operazione ha residenza, cittadinanza o sede in un Paese la cui legislazione non consente l'identificazione dei nominativi che ne detengono la proprietà o il controllo; il soggetto cui è riferita l'operazione risiede in una zona o in un territorio notoriamente considerati a rischio, in ragione tra l'altro dell'elevato grado di infiltrazione criminale, di economia sommersa o di degrado economico-istituzionale; il soggetto cui è riferita l'operazione risiede ovvero opera con controparti situate in aree di conflitto o in Paesi che notoriamente finanziano o sostengono attività terroristiche o nei quali operano organizzazioni terroristiche, ovvero in zone limitrofe o di transito rispetto alle predette aree; il soggetto cui è riferita l'operazione presenta documenti (quali, ad esempio, titoli o certificati), specie se di dubbia autenticità, attestanti l'esistenza di cospicue disponibilità economiche o finanziarie in Paesi terzi ad alto rischio; Il soggetto cui è riferita l'operazione presenta garanzie reali o personali rilasciate da soggetti con residenza, cittadinanza o sede in paesi terzi ad alto rischio ovvero attinenti a beni ubicati nei suddetti Paesi» (così l'allegato alle *Istruzioni*, lett. A, n. 1).

⁸⁶ Cfr. art. 1, comma 2, delle *Istruzioni*, per cui «Il sospetto deve essere basato su una compiuta valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi acquisiti nell'ambito dell'attività istituzionale svolta, anche alla luce degli indicatori di anomalia riportati in allegato», che riprende la disposizione dell'art. 10, comma 4, del decreto antiriciclaggio, ai sensi della quale le pubbliche amministrazioni comunicano «dati e informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale».

prie attività istituzionali (appalti e/o concessioni e/o autorizzazioni etc.). Così, “sostanzialmente”, le fattispecie di sospetto della FIU ben possono costituire il “punto di arresto” (più che di arrivo), conservando l’originaria formulazione complessa e priva di sintesi degli indicatori.

Sicché, il sentiero da percorrere sembra doversi tracciare verso la migliore rielaborazione possibile degli indicatori di anomalia, già forniti dall’UIF, in modo da passare “dall’analisi alla sintesi” dei fatti, atti e comportamenti anomali, consentendo ai funzionari pubblici di acquisire vantaggiosamente la conoscenza e, soprattutto, gli strumenti necessari per l’individuazione in concreto delle operazioni a rischio.

Se l’obiettivo degli indicatori di sospetto consiste nel riconoscimento da parte del dipendente pubblico di fattispecie, soggettive e oggettive, potenzialmente foriere del rischio di riciclaggio, allora il mero elenco va ricostruito secondo la forma che ne garantisca la più agevole e rapida, materiale applicazione da parte degli uffici pubblici responsabili.

In tale quadro, un ribaltato approccio “dal generale al particolare” ben può semplificare l’applicazione degli indicatori, ovvero sia il consapevole e corretto uso delle relative liste, cui è attribuito formalmente carattere esemplificativo, ma che sostanzialmente rappresentano gli indispensabili criteri su cui funzionari, responsabili, dirigenti e gestori fondano presumibilmente la propria attività di prevenzione.

Ciò, in quanto, nella prassi amministrativa, gli indicatori di anomalia ben possono assurgere a condizione necessaria (anche se ritenuta dall’UIF “non sufficiente”) per lo svolgimento delle comunicazioni di operazioni sospette da parte delle Amministrazioni. In concreto, è ragionevole ritenere che essi si presentano quale ineludibile presupposto per acquisire le competenze e l’*expertise* necessaria a “mettere in moto” il sistema amministrativo antiriciclaggio presso gli uffici pubblici responsabili.

Pertanto, occorre procedere alla relativa “analisi”, per addivenire a una “sintesi” degli stessi (“dal particolare al generale”), nel tentativo di ricostruire con piena coscienza un elenco di indicatori di anomalia maggiormente fruibile, da modellare e applicare secondo le esigenze specifiche di ciascuna Amministrazione. Infatti, come si avrà modo di approfondire in seguito, l’attività degli uffici volta al rilievo delle anomalie va compiuta sulla base della medesima istruttoria già svolta nell’attività istituzionale e ordinaria senza aggravare i procedimenti.

Sicché, lo studio e la riorganizzazione degli indicatori secondo un

approccio sintetico, che favorisca un approccio intuitivo, non formale e burocratico, che contribuisca alla formazione dell'esperienza degli agenti pubblici in materia, appare il punto di arrivo da perseguire per garantire l'effettività dei presidi AML.

Orbene, gli «indicatori generali» sono distinti in: A) «indicatori di anomalia connessi con l'identità o il comportamento del soggetto cui è riferita l'operazione» (per così dire, «indicatori soggettivi»); B) «indicatori di anomalia connessi con le modalità di richiesta o esecuzione delle operazioni» (o «indicatori oggettivi»).

Con riguardo alla prima «categoria»⁸⁷, va evidenziato che per «soggetto cui è riferita l'operazione» si intende la persona fisica o entità giuridica che entra in relazione con l'ente pubblico (ai fini del contratto pubblico, del provvedimento autorizzatorio, del finanziamento etc.); e con riferimento al quale emergono elementi di sospetto di riciclaggio, di finanziamento del terrorismo o di provenienza da attività criminosa delle risorse economiche e finanziarie⁸⁸.

Sul punto, giova evidenziare che dall'analisi dei singoli indicatori emerge che la qualificazione delle fattispecie, in termini di «operazione sospetta», può dipendere dalla sussistenza di una lunga serie di ipotesi di anomalia riguardanti il soggetto cui è riferita l'operazione.

Tuttavia, tale congerie di indicatori può ben essere ricostruita «in forma sintetica», per esempio secondo il seguente schema, che si appunta sul relativo contenuto essenziale: anomalie derivanti dalla «provenienza» del soggetto o di sue controparti (paesi in *black-list* o *grey-list*)⁸⁹; quelle riguardanti il suo «comportamento» nei confronti dell'amministrazione (riluttanza, reticenza, rinunce e altro); quelle derivanti dalla «documentazione» presentata (contraffazioni, difformità, incoerenze e altro); quelle circa la relativa «posizione giudiziaria» (procedimenti penali, condanne, misure di prevenzione e altro); anomalie derivanti dalla sussistenza di «legami con fenomeni di terrorismo»; dai «collegamenti istituzionali» del

⁸⁷ Ivi, pp. 6-7.

⁸⁸ Art. 2, comma 5, delle *Istruzioni*.

⁸⁹ Il GAFI individua i Paesi con carenze nelle misure di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo attraverso la predisposizione di due liste (lista «Paesi ad alto rischio» e lista «Altri Paesi monitorati»). Da ultimo, al termine delle riunioni tenutesi il 19, 20 e 21 febbraio 2025, ha pubblicato la lista dei paesi ad alto rischio (c.d. *black list*) e la lista dei paesi con deficienze strategiche nei sistemi AML/CFT sottoposti ad intenso monitoraggio (c.d. *grey list*).

soggetto (organizzazioni non profit e non governative e altro); anomalie derivanti dalla “trasparenza societaria” (problemi di titolarità effettiva e prestanome, struttura complessa e artificiosa e altro); ancora, dalla “rilevanza ed esposizione politica” del soggetto (contiguità con persone che rivestono cariche pubbliche) e, infine, derivanti dalla “gestione delle risorse economico-finanziarie” (contributi, pagamenti, investimenti illogici, incoerenti, antieconomici).

Invece, dall’analisi degli indicatori “oggettivi” emergono le seguenti categorie: anomalie derivanti dalla “incoerenza” delle operazioni (sul piano dell’entità o scopo o rispetto all’oggetto sociale e altro); o dalla “sproporzione” della disponibilità di risorse e/o beni oppure dalla “incertezza” della relativa provenienza; anomalie derivanti dalle “modalità” in concreto adottate (conto terzi e impazienza); o da “ingiustificato intervento di terzi” nell’operazione (per l’estinzione o la garanzia).

Allo stesso modo, gli indicatori di sospetto per il settore dei contratti pubblici possono essere ricostruiti “in forma sintetica”, suddividendoli in: anomalie nella “partecipazione” (per es., assenza dei requisiti o di convenienza economica, RTI sproporzionato, incoerenza con il contratto di rete, irragionevolezza dell’avvalimento plurimo o frazionato etc.); nelle “offerte” (ribasso anomalo etc.); nella fase di “esecuzione” (modifiche del contratto o della società, subappalto oltre quota, cessione di crediti); infine, nella “gestione” delle procedure (tempi ristretti, requisiti stringenti, modifiche del bando, frazionamenti, ripetuti affidamenti).

A fronte di una così complessa articolazione di indicatori di anomalia, individuati dall’UIF appositamente per le pubbliche Amministrazioni, occorre pertanto uno sforzo di ricostruzione che vada oltre l’elenco fornito, che è meramente esemplificativo, teso a raggruppare le anomalie in categorie, in modo tale da consentire agli uffici coinvolti e quindi a ciascun funzionario preposto: (i) di avere un quadro generale di più semplice e immediata comprensione, quale presupposto per il rapido, intuitivo o fortunato riconoscimento delle particolari fattispecie di anomalia, oppure per l’individuazione a valle dell’esame della rinnovata analisi degli indicatori di anomalia come sviluppati dall’UIF; (ii) di non limitarsi alla mera ricognizione burocratica della sussistenza dei sub-indici nell’ambito della fattispecie concreta, dato il carattere esemplificativo dei casi appartenenti alle categorie «principali» di indicatori.

I raggruppamenti suesposti rappresentano soltanto possibili esempi

di “sintesi” degli indicatori, ai fini della costruzione di vantaggiose “*check-list*”, quale punto di partenza per la formazione e l’approfondimento del riconoscimento di operazioni sospette. Infatti, le liste di indicatori possono rappresentare tanto un “volano”, quanto un “ostacolo” all’immediata e agevole ricognizione degli indicatori di anomalia da parte degli uffici durante l’esercizio della propria attività istituzionale, rendendo il sistema antiriciclaggio sostanzialmente inefficace.

La prassi amministrativa dimostra che il passaggio “dall’analisi alla sintesi” (nei pochi ma sussistenti casi di rielaborazione degli indicatori forniti dall’UIF) può determinare modelli di gestione del rischio AML più o meno funzionali. Invero, sovente emerge una “semplificazione eccessiva” dei gruppi di indicatori, che non promuove lo studio dell’AML né aiuta la rapida ricognizione degli indicatori specifici: infatti, spesso le *check list* adottate dagli enti pubblici non riproducono la suddivisione tra indicatori «generalisti» e «specifici»; a volte non distinguono tra indicatori «principali» e «subordinati»; oppure, gli indicatori rielaborati dall’amministrazione non rispettano l’ordine dell’elenco degli indicatori della UIF, impedendo la ricerca di quelli «subordinati», cioè riconducibili a quelli «principali»; altre volte, le macro-categorie individuate non riescono a sintetizzare l’aspetto qualificante dell’indicatore, che dovrebbe consentire al dipendente pubblico preposto all’ufficio di riconoscere una possibile anomalia in concreto. In altre ipotesi, le *check-list* degli indicatori di anomalia ricalcano pedissequamente quelli forniti dall’UIF, senza alcun apporto sintetico a favore degli uffici, né tantomeno alcuna rielaborazione a seconda delle caratteristiche organizzative e funzionali dell’ente pubblico.

Infine, va evidenziato che la riorganizzazione degli indicatori appare utile anche per rimuovere complicazioni procedurali inutili quali, per esempio, le fattispecie non pertinenti rispetto a un particolare settore dell’attività amministrativa: basti pensare agli indicatori riguardanti il «comportamento del soggetto» (inteso come atteggiamento e atti della persona fisica) nel rapporto con il funzionario preposto dell’ufficio responsabile (anch’essa, intesa come persona fisica che interagisce con il privato) nel settore degli appalti, che si svolgono digitalmente sulle piattaforme di *e-procurement* e quindi non implicano, di regola, l’interazione umana, mettendo in secondo piano quella particolare categoria di indicatori.

Per quanto sinora osservato, l’adeguamento degli indicatori di anomalia e la relativa rielaborazione in forma sintetica può essere foriera di

conseguenze positive sul piano operativo, rendendo presumibilmente più organizzato, rapido e quindi sostenibile il lavoro dell'ufficio, che deve svolgersi senza aggravamenti per l'esercizio dell'attività amministrativa "ordinaria". Nella ricostruzione degli indicatori utili per l'amministrazione, al fine di semplificare l'azione dei funzionari preposti alle verifiche antiriciclaggio, si pensi soltanto ai benefici dell'elaborazione "sintetica", per esempio: (i) con struttura schematica e/o tabellare, che garantisce una più chiara e rapida ricognizione delle categorie di anomalie sul piano sostanziale, nonché il possibile e conseguente riconoscimento di indicatori facenti parte dell'elenco dell'UIF o ulteriori; (ii) in forma interrogativa, con l'uso della doppia opzione "sì/no" (circa la ricorrenza dell'indicatore «principale» o «subordinato»), presumibilmente anche a fini di responsabilizzazione dei funzionari preposti agli uffici.

6. *Presidi antiriciclaggio e procedimento amministrativo*

Alla luce di quanto finora illustrato con riferimento ai caratteri di un possibile modello di gestione del rischio di riciclaggio, proprio ai fini di promuovere la formazione e la competenza dei dipendenti preposti agli uffici pubblici responsabili, si ritiene che la "prima" ed essenziale misura di prevenzione, da programmare nella pianificazione autonoma degli enti, consista nell'elaborazione e nell'uso di apposite *check-list*. Ciò, ai fini del riconoscimento delle operazioni sospette di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, rappresentando il punto di arrivo di uno studio "analitico e poi sintetico" degli indicatori di anomalia predisposti dall'UIF, quale fondamentale "strumento" in mano agli agenti pubblici, che riguarda il "come" svolgere le doverose verifiche.

Infatti, gli indicatori di anomalia forniti dall'UIF, da cui partire per un'utile ricostruzione sintetica delle fattispecie a rischio, sono lo strumento per promuovere le conoscenze e le capacità degli uffici responsabili, volti a ridurre i margini di incertezza delle valutazioni, soggettive e oggettive, connesse alle comunicazioni di operazioni sospette e a contribuire al contenimento degli oneri posti in capo agli uffici pubblici.

Tanto premesso, va evidenziato che tali controlli devono per legge essere svolti nell'ambito dell'attività istituzionale degli enti,⁹⁰ ossia, presu-

⁹⁰ Cfr. nuovamente l'art. 10, comma 4, del decreto antiriciclaggio.

mibilmente, all'esito dell'istruttoria svolta in via ordinaria per i procedimenti di relativa competenza, senza comportare alcun aggravamento procedimentale. La previsione del decreto antiriciclaggio si pone in linea con il principio di non aggravamento del procedimento, che trova eccezione soltanto nella presenza di straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria⁹¹.

Pertanto, il legislatore sembra escludere verifiche ulteriori o attività istruttorie eccedenti quelle previste nell'ambito del procedimento considerato. E la norma pare volta anche a evitare sospensioni o interruzioni dell'azione amministrativa che potrebbero comprometterne la tempestività o, più in generale, l'efficacia, l'efficienza o l'economicità.

Inoltre, la legge antiriciclaggio prevede che le pubbliche amministrazioni adottino procedure interne, proporzionate alle proprie dimensioni organizzative e operative, idonee a valutare il livello di esposizione al rischio e a mitigarlo⁹².

Quindi, il legislatore impone alle Amministrazioni di adottare misure idonee ad assicurare il riconoscimento delle fattispecie meritevoli di segnalazione, da parte degli uffici con compiti, attivi o di controllo, per i procedimenti interessati dagli obblighi AML, prim'ancora che dal RPCT/Gestore⁹³.

Sicché, gli uffici svolgono le verifiche adoperando, come detto, le proprie *check-list* per promuovere il riconoscimento di fattispecie anomale, sulla base dell'istruttoria svolta ordinariamente, diversa a seconda del tipo di attività (contratti pubblici, provvedimenti autorizzatori, finanziamenti pubblici etc.), presumibilmente al suo esito. Inoltre, specialmente con riguardo ai procedimenti già connotati da alta complessità e onerosità, le amministrazioni adottano procedure interne per evitare ulteriori aggravii o sospensioni o interruzioni procedurali.

Tuttavia, posto il "come" e la "base informativa" su cui effettuare i controlli, occorre soffermarsi sul "quando", poiché dallo studio degli indicatori di anomalia emergono alcuni dubbi: infatti, sovente si riferiscono a fatti, atti e comportamenti configurabili e pertanto accertabili durante

⁹¹ Cfr. art. 1, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, in *www.normattiva.it*.

⁹² Vedasi il precedente comma 3 dello stesso articolo.

⁹³ Sul punto, giova evidenziare che, proprio a tutela della riservatezza dei funzionari preposti a tali uffici e al fine di evitare omissioni o inerzie legate alla paura di ritorsioni o responsabilità, l'unico interlocutore delle segnalazioni viene individuato dall'UIF nella persona del «Gestore» (indicata in sede di iscrizione al portale Infostat).

diverse fasi procedurali (o procedurali), quindi in momenti distinti anche sul piano temporale. A titolo esemplificativo, basti pensare che, nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni sono tenute a verificare la sussistenza di anomalie con riguardo: alla mera “partecipazione” (quali per es., il RTI sproporzionato, l’incoerenza con il contratto di rete o l’irragionevolezza dell’avvalimento plurimo o frazionato)⁹⁴, alla presentazione delle “offerte” (per es., la proposta anormalmente bassa)⁹⁵, alla “esecuzione” del contratto (a es. ricorso al subappalto oltre la quota prevista dalla *lex specialis*)⁹⁶. Viepiù che alcuni indicatori si riferiscono anche a operatori economici diversi dagli affidatari o aggiudicatari proposti (basti pensare all’indicatore dell’offerta anormalmente bassa, o a quello che implica l’assenza dei requisiti di partecipazione)⁹⁷. Infine, altri indicatori riguar-

⁹⁴ Cfr. l’allegato delle *Istruzioni*, lett. C) recante «Indicatori specifici per settore di attività», p. 9, che elenca i seguenti indicatori di anomalia: «Partecipazione a procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture da parte di un raggruppamento temporaneo di imprese, costituito da un numero di partecipanti del tutto sproporzionato in relazione al valore economico e alle prestazioni oggetto del contratto, specie se il singolo partecipante è a sua volta riunito, raggruppato o consorziato»; «partecipazione a procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture da parte di una rete di imprese il cui programma comune non contempla tale partecipazione tra i propri scopi strategici»; «Partecipazione a procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture mediante ricorso al meccanismo dell’avvalimento plurimo o frazionato, ai fini del raggiungimento della qualificazione richiesta per l’aggiudicazione della gara, qualora il concorrente non dimostri l’effettiva disponibilità dei mezzi facenti capo all’impresa avvalsa, necessari all’esecuzione dell’appalto, ovvero qualora dal contratto di avvalimento o da altri elementi assunti nel corso del procedimento se ne desuma l’eccessiva onerosità ovvero l’irragionevolezza».

⁹⁵ Ivi, p. 10: «Presentazione di offerta con un ribasso sull’importo a base di gara particolarmente elevato nei casi in cui sia stabilito un criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, ovvero che risulta anormalmente bassa sulla base degli elementi specifici acquisiti dalla stazione appaltante, specie se il contratto è caratterizzato da complessità elevata».

⁹⁶ Ibidem: «Ricorso al subappalto oltre la quota parte subappaltabile, in assenza di preventiva indicazione in sede di offerta ovvero senza il necessario deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante o della documentazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di legge».

⁹⁷ Ivi, p. 9: «Partecipazione a gara per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, specie se non programmati, in assenza dei necessari requisiti (soggettivi, economici, tecnico-realizzativi, organizzativi e gestionali) con apporto di rilevanti mezzi finanziari privati, specie se di incerta provenienza o non compatibili con il profilo economico-patrimoniale dell’impresa, ovvero con una forte disponibilità di anticipazioni finanziarie e particolari garanzie di rendimento prive di idonea giustificazione».

dano, più in generale, la “gestione” delle commesse pubbliche da parte dell'ufficio responsabile (a es. termini stretti, requisiti stringenti, ripetuti affidamenti al medesimo operatore economico)⁹⁸, lasciando intravedere la possibilità che i controlli si svolgano anche a distanza di tempo dall'esecuzione dei contratti.

Pertanto, al di là delle ipotesi di c.d. inversione procedimentale nelle procedure di affidamento, sembra ragionevole ritenere che le amministrazioni debbano adottare procedure interne per garantire il rilievo delle anomalie appartenenti a ciascuna fase dei procedimenti amministrativi, non potendosi lasciare di certo al Gestore il compito di effettuare i controlli su tutta l'attività amministrativa dell'ente pubblico⁹⁹.

Con riferimento all'esempio delle procedure evidenziali, le verifiche involgono senza dubbio diverse fasi e quindi più soggetti: si pensi ai diversi compiti che possono essere ripartiti tra responsabile di fase e RUP. Inoltre, riguardano non solo l'affidatario o aggiudicatario proposto, bensì anche gli altri partecipanti; lo stesso ragionamento vale in tema di finanziamenti pubblici, in relazione ai quali sono previsti indicatori riguardanti operazioni rifiutate o interrotte, e non solo vantaggi economici erogati, involgendo una molteplicità di soggetti.

In definitiva, poiché le buone pratiche, in precedenza analizzate, disvelano il ruolo centrale della collaborazione tra uffici responsabili e RPCT/Gestore, si ritiene che le verifiche (di primo grado, per così dire, cioè i controlli sulla presenza delle diverse categorie di anomalia): (i) debbano essere poste a carico dei soggetti cui sono attribuiti compiti di ammi-

⁹⁸ Ivi, pp. 9-10.

⁹⁹ Si pensi a una procedura negoziata per l'affidamento della manutenzione straordinaria di immobili pubblici, seguita dalla relativa esecuzione, durante la quale l'impresa appaltatrice svolga una richiesta di autorizzazione al subappalto da parte dell'ente appaltante. Nella fase di esecuzione, il RUP deve verificare la legittimità e la coerenza del ricorso al subappalto rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis* e alla struttura originaria dell'offerta. In concreto, secondo la competenza acquisita o comunque sulla base della *check-list* interna, il responsabile verifica la richiesta di subappalto, confrontandola con la quota subappaltabile prevista dal bando o avviso ed eventualmente autorizzata nel contratto originario, e con i requisiti dichiarati dall'affidatario in sede di gara; a questo si aggiungono le verifiche sull'impresa subappaltatrice, quindi sulla sua struttura (verifica sull'iscrizione SOA, visura camerale, etc.). In presenza di indicatori di anomalia, tra cui rientra il superamento della quota subappaltabile, oltre a eventuali profili di opacità dell'impresa coinvolta, il responsabile procede alla comunicazione interna al Gestore/RPCT.

nistrazione attiva o di controllo¹⁰⁰; (ii) possano utilmente essere suddivise per fasi dei processi di competenza degli uffici, e quindi distribuite tra i soggetti cui è attribuita la relativa responsabilità, emergendo con nitore la ricorrente necessità delle mappature¹⁰¹; (iii) ciò, fermo restando i poteri di controllo e approfondimento del RPCT/Gestore.

Tali azioni risultano indispensabili per garantire effettivi controlli anti-riciclaggio, che non aggravino i procedimenti di competenza degli uffici responsabili, da effettuare nelle fasi ordinarie dell'azione amministrativa e di norma sulla base dell'istruttoria compiuta, da distribuire tra i soggetti competenti per fase secondo le mappature prescelte¹⁰², contribuendo alla costruzione graduale di un sistema reattivo e proporzionato.

¹⁰⁰ A fini esemplificativi, si pensi a una procedura aperta per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici sopra la soglia di centocinquanta mila euro, avviata da un ente locale con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nella fase della valutazione delle offerte, il RUP, con eventuale ausilio da parte della Commissione giudicatrice, procede per legge alla "verifica dell'offerta anomala", che produce effetti sia sul piano della partecipazione, sia su quello della comunicazione di operazioni sospette. In concreto, secondo la competenza acquisita o comunque sulla base della *check-list* interna, il responsabile verifica l'anomalia dell'offerta, che costituisce autonomo "indicatore di anomalia" dell'operazione ai fini antiriciclaggio e, se questa è confermata e non adeguatamente giustificata (per es. da economie di scala, efficienze dimostrabili o altri elementi oggettivi), procede alla comunicazione interna al Gestore/RPCT.

¹⁰¹ Sempre per esemplificare, basti pensare a una gara d'appalto per l'affidamento dei servizi di manutenzione del verde urbano, di importo superiore alla soglia comunitaria. Dopo la valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e prima dell'aggiudicazione, il responsabile di fase effettua la verifica dei requisiti di partecipazione dell'aggiudicatario proposto, tra cui i controlli antimafia: vale a dire, tramite richiesta telematica alla BDNA chiede che il soggetto aggiudicatario e gli eventuali componenti del RTI siano liberi da interdittive o comunicazioni antimafia ostative; i provvedimenti antimafia producono effetti sia sul piano della partecipazione, sia su quello della comunicazione di operazioni sospette. In concreto, secondo la competenza acquisita o comunque sulla base della *check-list* interna, il responsabile di fase (di regola, altrimenti il RUP) effettua le verifiche antimafia e, in caso di esito negativo o comunque in presenza di altri indicatori di anomalia collegati (per es. impresa di recente costituzione o con sede in area ad alto rischio; o con assetto societario opaco o mutato poco prima della gara; possibile tentativo di elusione delle misure antimafia mediante schermo societario) procede alla comunicazione interna, che può essere al Dirigente prim'ancora che al RPCT/Gestore, ove previsto da regolamento interno dell'ente.

¹⁰² Basti pensare alla ripartizione di verifiche tra responsabile di fase (ad es., per tutte le anomalie in sede di partecipazione e affidamento) e RUP (ad es., per tutti gli indicatori

7. Osservazioni conclusive e di sintesi

Dopo aver collocato la pubblica amministrazione italiana nella più ampia prospettiva europea e internazionale dell'antiriciclaggio e dell'antiterrorismo, il presente studio si è appuntato sugli specifici obblighi posti in capo agli uffici pubblici responsabili, che consistono nella formazione mirata del personale, ai fini del riconoscimento di anomalie, e nella conseguente comunicazione di operazioni sospette di AML e CFT all'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, per le relative e successive analisi finanziarie e l'eventuale trasmissione degli atti agli organi investigativi e giudiziari competenti¹⁰³.

Tuttavia, la collaborazione attiva tra P.A. e UIF incontra una serie di ostacoli sul piano normativo e amministrativo: da un lato, il legislatore ha introdotto il termine "comunicazione" in luogo della tradizionale dizione "segnalazione", imposta invece agli enti privati coinvolti dalla disciplina antiriciclaggio, sicché, il nuovo vocabolo ha destato legittimi, ma infondati dubbi circa la possibilità di estendere le tutele del decreto ai dipendenti pubblici¹⁰⁴; dall'altro, permane la mancata adozione da parte del CSF delle indicazioni metodologiche nazionali per l'adozione dei sistemi di gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo; quale atto di indirizzo per la pianificazione specifica dei singoli enti pubblici, appare indispensabile poiché propedeutico all'individuazione delle misure per il riconoscimento delle fattispecie anomale da parte degli uffici responsabili e alla comunicazione di operazioni sospette da parte del Gestore¹⁰⁵.

di anomalia riguardanti l'esecuzione dei contratti), oltre al possibile ruolo di ausilio della Commissione giudicatrice.

¹⁰³ Tanto per rispondere sinteticamente alla domanda che, in principio, infatti, la ricerca si era posta: qual è il risultato che la pubblica Amministrazione deve perseguire nell'ambito dell'antiriciclaggio e dell'antiterrorismo?

¹⁰⁴ Cfr. *Quaderni dell'antiriciclaggio*, op. cit., per cui si tratta, principalmente: dell'essenziale di ogni forma di responsabilità per le informazioni segnalate in buona fede dai soggetti obbligati (di cui all'art. 35, d.lgs. 231/2007); delle tutele del segnalante quanto alla riservatezza dei propri dati identificativi, sia in sede procedimentale, sia processuale penale e le conseguenti sanzioni penali per chi riveli tali informazioni (al successivo art. 38); infine, della comunicazione degli esiti della segnalazione da parte dell'UIF (all'art. 41).

¹⁰⁵ In premessa ci si era posti tale, secondo interrogativo: quali sono gli ostacoli normativi e amministrativi all'attuazione della collaborazione attiva tra amministrazioni e UIF?

Tuttavia, anche in assenza di linee-guida nazionali sul tema, la legge impone “comunque” alle pubbliche Amministrazioni di procedere sia alla mappatura dei processi di competenza degli uffici responsabili, sia alla valutazione dei rischi di riciclaggio e all’adozione delle relative misure di prevenzione.

Pertanto, nel tentativo di fornire alcuni spunti per l’elaborazione di un modello efficace e sostenibile di gestione dei rischi AML/CFT, dal confronto con le regole metodologiche per l’elaborazione dei sistemi di prevenzione dei rischi corruttivi, sono emersi: (i) il carattere “secondario” dell’analisi del contesto esterno e di quello interno, da intendersi come studio della struttura dell’amministrazione, peraltro da compiersi o compiuti già a fini anticorruzione, nonché della valutazione del rischio, intesa come analisi e ponderazione, atteso che in materia i pericoli sono già individuati a priori dal legislatore; (ii) quello “principale” e necessario delle mappature dei processi di competenza degli uffici responsabili, anche ai fini della ripartizione della responsabilità dei compiti antiriciclaggio tra i soggetti preposti agli uffici e il RPCT, nonché della programmazione e monitoraggio delle misure di prevenzione. In tale quadro, i controlli antiriciclaggio vanno inseriti nella mappatura dell’attività istituzionale ordinaria dell’ufficio, quali misure proporzionate e non aggravanti i procedimenti di competenza, da esercitare tempestivamente rispetto alle fasi procedimentale in cui vanno verificate le anomalie, ripartite con precisione tra i soggetti responsabili coinvolti nella filiera interna antiriciclaggio, a partire da ciascun dipendente, passando per i dirigenti, fino al Gestore/RPCT.

Nell’elaborazione del sistema interno di gestione del rischio, è indispensabile soffermarsi con maggiore rigidità sul carattere “conseguenziale” delle fasi del predetto sistema di prevenzione del rischio, portate dall’anticorruzione verso un possibile modello antiriciclaggio, significa restituire centralità agli aspetti “abilitanti”, cioè quelli che rendono attiva la collaborazione tra la P.A. e l’UIF, tra cui spiccano le misure di prevenzione di tipo formativo e organizzativo. Proprio sulla scorta della cattiva prassi dell’adozione meramente formale dei presidi anticorruzione, a volte di difficile individuazione nella pianificazione degli enti pubblici o pressoché sconosciuti, appare essenziale epurare i sistemi di gestione del rischio di riciclaggio da complicazioni superflue, quali l’analisi del rischio, specie se in assenza della previa e relativa individuazione.

In altri termini, i fenomeni anticorruzione e antiriciclaggio «non vanno

meramente e formalmente sovrapposti e il secondo non va inteso come mero rischio nell'ambito dell'anticorruzione»¹⁰⁶; altrimenti, paventandosi il concreto rischio di un'integrazione soltanto «formale» dei presidi, data dal “copia-incolla” dei piani in un unico atto (trasparenza, anticorruzione, fabbisogno di personale, antiriciclaggio etc.), che già di per sé presentano «asimmetrie» ontologiche sul piano degli obiettivi¹⁰⁷.

Viepiù che un modello nazionale «a cascata» (da ANAC o CFS alle amministrazioni), sebbene fornisca indicazioni e addirittura passaggi operativi da seguire per un completo sistema di gestione del rischio, potrebbe portare a un ulteriore effetto di «irrigidimento»¹⁰⁸, ove appesantisce i sistemi di gestione dei rischi AML/CFT di regole complesse e in parte superflue al risultato da perseguire, aggravando la nuova pianificazione.

Sicché, anche la buona prassi delle amministrazioni, che si risolve nell'adozione delle opportune *check-list* per agevolare le verifiche degli uffici responsabili, pedissequamente riproduttive degli indicatori di anomalia forniti dall'UIF, porta con sé il rischio di aggiungere un ulteriore tassello al mosaico di quella burocrazia inutile, di ostacolo al risultato da perseguire, che attenga all'anticorruzione o all'antiriciclaggio.

Così, nel rilanciare l'approccio “sostanziale” ai sistemi di gestione dei rischi, nel caso in esame AML e CFT, si è proposto di procedere dall'analisi alla sintesi delle fattispecie di sospetto, quale “prima” misura di prevenzione indispensabile per costruire delle liste di indicatori funzionali e agevolmente utilizzabili, in modo da fornire agli uffici responsabili e agli RPCT uno strumento agile e propedeutico ad acquisire le competenze richieste in materia.

L'efficacia di tale prospettiva “antiformalistica”, di cui la ricostruzione analitica e sintetica delle *check-list* si rivela uno dei principali profili, ha trovato dimostrazione inconfutabile nella prassi amministrativa “virtuosa” esaminata; essa, ancorché risultante da un campione di enti pubblici esiguo, per vero si presenta numericamente significativa non rispetto al numero totale degli enti pubblici, bensì a quello delle amministrazioni attive secondo le statistiche ufficiali. Inoltre, è emersa la centralità delle competenze dei soggetti coinvolti nella filiera interna della comunicazio-

¹⁰⁶ Cfr. C. NICOLOSI, *Anticorruzione e antiriciclaggio: spunti critici*, op. cit., p. 92.

¹⁰⁷ In tal senso, S. VILLAMENA, *PLAO e valore pubblico*, op. cit., *passim*.

¹⁰⁸ Cfr. F. MARTINES, *La Legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, op. cit. p. 14.

ne di operazioni sospette e della collaborazione dei Gestori con gli uffici dell'ente che si occupano dei processi a rischio.

Pertanto, la pianificazione di misure di formazione mirata del personale e di organizzazione finalizzata al riconoscimento degli indicatori di anomalia e alle comunicazioni interne verso dirigenti e RPCT, da parte dei singoli dipendenti preposti agli uffici, risulta condizione necessaria per garantire l'effettività dei sistemi di gestione del rischio di riciclaggio.

In definitiva, appare indispensabile perseguire l'adozione di un modello di gestione dei rischi AML e CFT scevro da complicazioni: semplificato rispetto a quello anticorruzione, ma al contempo inderogabile nei suoi tratti fondamentali, tra cui in primo luogo la mappatura dei processi degli uffici responsabili; incentrato sul tradizionale principio della consequenzialità e su misure essenziali di formazione e organizzazione, adeguatamente programmate e monitorate in base ai risultati conseguiti¹⁰⁹. Soltanto al raggiungimento di tali obiettivi, sembra possibile procedere alla ricerca di soluzioni efficaci per un'integrazione effettiva tra i complementari sistemi di gestione del rischio anticorruzione e antiriciclaggio.

¹⁰⁹ Tanto per rispondere, infine, all'ultimo interrogativo posto in premessa: cosa manca al modello di prevenzione e gestione perché diventi capace di assicurare l'effetto voluto dal legislatore? Del resto, proprio l'ANAC sancisce, nel predetto allegato I, PNA 2019, che: «Un piano privo di misure adeguatamente programmate (con chiarezza, articolazione di responsabilità, articolazione temporale, verificabilità effettiva attuazione, verificabilità efficacia), risulterebbe mancante del contenuto essenziale previsto dalla legge».

Abstract

Il presente contributo intende fornire alcuni spunti per l'elaborazione di un efficace e sostenibile modello gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo da parte degli enti pubblici. Dopo aver collocato i doveri della pubblica amministrazione italiana in materia nel più ampio quadro del sistema internazionale ed europeo di prevenzione e contrasto dell'*anti-money laundering* e del *counter terrorist financing*, lo studio esamina le analogie e le differenze tra la disciplina dell'antiriciclaggio e quella dell'anticorruzione, a partire dalle regole sulla pianificazione delle mappature, dell'analisi dei rischi e delle misure di prevenzione. Evidenziando i limiti del modello anticorruzione «a cascata» e la mancanza di un atto di indirizzo per la costruzione dei sistemi di gestione del rischio di riciclaggio da parte delle amministrazioni, la ricerca analizza la prassi delle amministrazioni attive nell'organizzazione nazionale AML/CFT alla ricerca di inediti modelli «induttivamente» sorti dalle *best practice* degli enti pubblici virtuosi. Infine, sottolineata la centralità di misure di prevenzione sostanziali, incidenti sulle competenze e sull'organizzazione degli uffici responsabili e dei RPCT delle amministrazioni, a partire dall'«analisi e sintesi» degli indicatori di anomalia, il contributo indaga il rapporto tra i presidi antiriciclaggio e l'attività amministrativa, traendo infine le proprie osservazioni conclusive e di sintesi sulle prospettive per una possibile gestione integrata dei rischi anticorruzione e antiriciclaggio.

Administration and risk: from anti-corruption experience to anti-money laundering

This research aims to deal with the role and obligations of public administration within the legal framework of anti-money laundering, placing it from the national level within the broader framework of the European and international system. In particular, the present work carries out a comparison between the anti-corruption risk management system and the anti-money laundering system, in order to bring out similarities and differences and investigate possible perspectives for an integrated management of the relevant risk prevention systems. Once the anti-money laundering legislation and proper administrative practice have been

examined, the contribution provides some ideas for the development of a risk prevention model that is effective and sustainable by the public bodies obliged to adopt it.

La riserva di scienza nel governo delle transizioni*

di Marco Rhao

SOMMARIO: 1. Alcune coordinate metodologiche. – 2. Il *case study* 5G. – 3. Premesse in tema di riserva di scienza. – 4. La riserva tra limiti umani e indirizzi giurisprudenziali. – 5. La fuga dal parametro tecnico-scientifico e il limite dei principi fondamentali. – 6. Dalla scienza come limite ai limiti della condizionalità scientifica. – 7. La condizionalità scientifica tra principio precauzionale e vocazione dignitarista. – 8. La riserva tra conflitti democratici, manipolazione informativa e deresponsabilizzazione politica – 9. Alcune riflessioni conclusive e una proposta: la parlamentarizzazione del conflitto.

1. *Alcune coordinate metodologiche*

Gli anni Venti del XXI Secolo hanno posto i decisori pubblici dinanzi a sfide sempre più complesse. Una complessità fondata in prima battuta sulla natura multilivello degli ordinamenti giuridici, chiamati a regolare fenomeni spesso di portata transnazionale.

Si pensi, in tal senso, alla crescente corsa allo spazio¹ e al cyberspazio² o alla crisi climatica e alla connessa compromissione degli equilibri ecosistemici³.

In questo governo multilivello di sfide multifattoriali, ciò che resta imperturbata nel quadro dei processi di definizione e implementazione

* Il testo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di note bibliografiche, dell'Intervento svolto in occasione della V Conferenza annuale di ICON-S Italia, *Lo Stato delle transizioni*, panel *Sostenibilità democratica delle transizioni*, Trento, 18-19 ottobre 2024.

¹ V., a riguardo, il report dell'UFFICIO STUDI ANALISI E INNOVAZIONE DELL'IRAD, *L'uso pacifico dello Spazio extra-atmosferico. Dalla Risoluzione 1962 (XVIII) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite al Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and other Celestial Bodies, del 1967, agli altri Accordi Governativi sullo Spazio*, 74^a sessione di Studio – 3° Gruppo di lavoro dell'Istituto Alti Studi per la Difesa, A.A. 2022-2023.

² Da ultimo v. G. BAROZZI REGGIANI, *La race for the cyberspace degli Stati e il tema della Cybersicurezza: tra sovranità e modelli di governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, fasc. 2, 2025, pp. 330 ss.

³ Per una ricostruzione dei profili giuspubblicistici v. il recente contributo di S. BUCCHINO, *“Lo scopriremo solo vivendo”*: danni avvenuti e danni a venire tra tutela costituzionale dell'ambiente e diritto al clima, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2025, pp. 67 ss.

delle politiche pubbliche è la centralità dell'essere umano, con il suo portato di interessi e libertà.

Queste ultime sono il prodotto di un lento processo di stratificazione di categorie giuridiche e finalità politiche, progressivamente rielaborate alla luce delle dinamiche evolutive dell'ordinamento, dei suoi capisaldi costituzionali e del prodotto dell'elaborazione scientifica offerta dai molteplici operatori del diritto.

Nella cultura costituzionale di matrice liberal-democratica, i diritti hanno natura intrinsecamente espansiva⁴. Essa tuttavia, si scontra sempre più spesso con limiti tecnici, biologici e (a seconda della contingente sensibilità politica e sociale) con questioni etiche delicatissime⁵.

Del resto, se è ineludibile la volontà dell'uomo e delle sue istituzioni di raggiungere sempre più alti livelli di benessere, che si traduce nella ricerca di sempre più estese possibilità per l'individuo di esprimere la propria identità, è analogamente imprescindibile riconoscere che questa volontà espansiva della sfera giuridica individuale si debba confrontare con il tema

⁴ V. A. RUGGERI, *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, in *Rivista di Diritti Comparati*, fasc. 3, 2023, pp. 135 ss., spec. pp. 146 ss.

⁵ Si pensi, in tal senso, a quanto tematiche risalenti, come l'aborto, il fine vita o gli ogm restino tematiche attualissime. Il progresso tecnologico, poi, sta ampliando i fronti eticamente sensibili interessati o interessabili dal diritto. A riguardo, ritrovati come *chip* neurali ed *editing* genetico sono aspetti di questi nuovi profili di interesse. V., da ultimo, E. COLLETTI, *L'era dei neurodiritti: il ruolo del giurista*, in *Diritti fondamentali*, fasc. 3, 2025, pp. 107 ss.

del limite⁶. Infatti, più che di continenza degli appetiti dell'animo umano⁷, il tema che si pone è comprendere in che misura e in che modo la creazione e la contestuale garanzia di nuove libertà non finisca con il pregiudicare irreparabilmente l'effettività del patrimonio di "diritti consolidati": primo tra tutti quello alla vita o, meno tragicamente, quello alla salute.

Proprio questo fronte problematico della contemporaneità giuridica e sociale costituisce il *fil rouge* che lega tra loro le articolazioni analitiche di questo scritto. In particolare, si rifletterà sul grado di condizionabilità della decisione pubblica da parte del prodotto conoscitivo della comunità scientifica internazionale, approfondendo se ed in che misura l'opinione qualificata dei suoi appartenenti possa concorrere alla costruzione democratica di un progresso costituzionalmente ispirato ed ecologicamente sostenibile.

A tal fine, il contributo si aprirà con una riflessione di natura sistematica, volta ad inquadrare i caratteri giuridici della c.d. riserva di scienza, il contributo offerto dalla giurisprudenza costituzionale nel processo di elaborazione di questa categoria giuridica, altresì il livello di sua adattabilità rispetto al principio precauzionale o a quello dignitarista. A seguire, verranno approfonditi i profili di contatto tra il tema oggetto di studio e due grandi fenomeni, ad un tempo, culturali e giuridici, caratteristici della contemporaneità: la disinformazione ed il processo di deresponsabilizzazione politica del decisore pubblico.

⁶ Quanto al tema del limite, esso è condizione intrinseca del modello liberal democratico del diritto e dei diritti. Si pensi, in tal senso, a quanto affermava uno dei padri del liberalismo con riferimento al diritto di proprietà: «Forse si obietterà che se il raccogliere le ghiande o altri frutti della terra, e così via, crea un diritto su di essi, un uomo può accaparrarsene quanti ne vuole. Al che rispondo di no. La stessa legge di natura che ci conferisce con quel mezzo la proprietà, ce la limita anche [...] Di quanto si può prima che vada perduto far uso a vantaggio della propria vita, di tanto si può col proprio lavoro istituire la proprietà: tutto ciò che oltrepassa questo limite, eccede la parte di ciascuno e spetta ad altri» (J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di L. PAREYSON, Torino, 2010, p. 251). Come ricorda il Giudice costituzionale Marta Cartabia, «Nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite e, in questo ambito, il bilanciamento è una tecnica interpretativa e argomentativa che consente il necessario ragionevole contemperamento di una pluralità di interessi costituzionali concorrenti.» (M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 24-26 ottobre 2013).

⁷ Che è questione morale o al più filosofica e politica.

In conclusione, il contributo esplorerà, in prospettiva *de iure condendo*, il tema della parlamentarizzazione del conflitto tra comunità scientifica e decisore pubblico, provando a individuare una possibile pista di indagine in grado di condurre il conflitto tra “politicamente auspicabile” e “scientificamente osservabile” verso una composizione “democraticamente ammissibile”.

Infine, preme segnalare come un simile sforzo speculativo, per poter essere coerente con il contesto sociale e ambientale entro cui si colloca, ha bisogno di essere ricondotto ad un dato di realtà⁸, in grado di fornire all’elaborazione teorica degli appigli fattuali capaci di garantirne un sufficiente grado di concretezza. Sul punto, vi è un ritrovato tecnologico che, per via del vivace dibattito pubblico connesso al suo impiego, ha reso evidente quanto il tema della riserva di scienza sia ancora una questione giuridicamente e socialmente attuale. Ci si riferisce in tal senso al c.d. “caso 5G”, che costituirà ai fini di queste riflessioni un possibile caso studi, utile ai fini della valutazione del grado di condizionabilità scientifica della decisione politica.

2. Il case study 5G

Questa tecnologia ICT⁹, oltre a sollevare interessanti profili problematici in tema di sicurezza nazionale¹⁰, ha riproposto all’opinione pubblica il tema dell’inquinamento elettromagnetico, con il suo portato di rischi per la salute umana, animale e vegetale. È indubbio che questa tecnologia,

⁸ Con cui ogni analisi giuridica deve necessariamente fare i conti per non sfuggire alla sua necessaria coerenza con il metodo scientifico, che impone di fondare lo sviluppo di ogni speculazione su riferimenti empiricamente osservabili.

⁹ Con la sigla ICT ci si riferisce alla «convergenza dell’informatica con le telecomunicazioni e che identifica ogni settore legato allo scambio di informazioni e tutti i metodi e le tecnologie che servono a realizzarlo, compreso l’hardware, il software e i servizi connessi. L’ICT prende vita dalla rivoluzione nel mondo delle telecomunicazioni sviluppatasi negli ultimi decenni del XX Secolo e prosegue attraverso alcune tappe fondamentali che hanno portato alla realizzazione e gestione, con opportuni criteri di protezione e sicurezza nella trasmissione e recupero dell’informazione, di sistemi informativi computerizzati e delle relative piattaforme e applicazioni». *ICT-voce in Enciclopedia Treccani*, reperibile al link [https://www.treccani.it/enciclopedia/ict_\(Lessico-del-XXI-Secolo\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/ict_(Lessico-del-XXI-Secolo)/)

¹⁰ V. P. MACCARRONE, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2, 2020, pp. 121 ss., spec. pp. 135 ss.

a dire il vero già in via di obsolescenza¹¹, offre straordinarie opportunità di sviluppo alle comunità politiche che scelgono di autorizzarne l'impiego. Forse proprio questa capacità del 5G di condurre a migliori sistemi di comunicazione, all'integrazione su larga scala dei c.d. IOT¹² e a un connesso progresso generalizzato delle filiere produttive rende così difficile superare i conflitti tra i convinti sostenitori di questa tecnologia e gli (altrettanto convinti) suoi detrattori.

Nel solco di questa apparentemente insanabile conflittualità si colloca la volontà di assumere il 5G come punto di partenza e approdo finale di un'indagine di carattere teorico-generale. Un'analisi che partendo da un conflitto reale mira ad approfondire il ruolo potenziale che la comunità scientifica internazionale può rivestire nei processi di governo dei pericoli che le democrazie contemporanee sono chiamate ad affrontare nel quadro delle cc.dd. "transizioni gemelle"¹³.

¹¹ Si pensi all'avvento del 6G.

¹² Con la sigla IOT ci si riferisce a una «Rete di oggetti dotati di tecnologie di identificazione, collegati fra di loro, in grado di comunicare sia reciprocamente sia verso punti nodali del sistema, ma soprattutto in grado di costituire un enorme *network* di cose dove ognuna di esse è rintracciabile per nome e in riferimento alla posizione. L'espressione «Internet delle cose» è del 1999, coniata da Kevin Ashton. L'identificazione di ciascun oggetto avviene tramite minuscoli *transponder* a radiofrequenza in essi inseriti, oppure mediante codici a barre o codici grafici bidimensionali impressi sull'oggetto. Le applicazioni vanno dalla gestione di beni di consumo (durante la produzione, l'immagazzinamento, la distribuzione, la vendita o l'assistenza postvendita), al tracciamento di oggetti persi o rubati». IOT, voce in *Enciclopedia Treccani*, reperibile al link [https://www.treccani.it/enciclopedia/internet-of-things_\(Lessico-del-XXI-Secolo\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/internet-of-things_(Lessico-del-XXI-Secolo)/)

¹³ «La Twin Transition, letteralmente "doppia transizione", rappresenta l'integrazione sinergica tra Trasformazione Digitale e transizione ecologica. Non si tratta semplicemente di digitalizzare i processi e contemporaneamente ridurre l'impatto ambientale, ma di creare un circolo virtuoso dove il digitale diventa l'abilitatore della sostenibilità e viceversa. Il concetto, nato in ambito europeo e posto al centro del Green Deal, si basa su una premessa fondamentale: le sfide del cambiamento climatico e della competitività economica nell'era digitale non possono essere affrontate separatamente. Come sottolinea la Commissione Europea, l'obiettivo non è "scegliere uno a scapito dell'altro, ma trovare un percorso sinergico che sfrutti gli sviluppi digitali per spingere avanti le iniziative verdi". Si v., al riguardo, il report di S. LOMBINI (POLIMI SCHOOL OF MANAGEMENT), *Twin transition: definizione, approcci e attuazioni nel contesto italiano*, in *osservatori.net digital innovation*, 9 settembre 2025, reperibile al link https://www.osservatori.net/blog/innovazione-digitale-nelle-pmi/twin-transition-definizione-approcci-e-attuazioni-nel-contesto-italiano/#Cose_la_Twin_Transition_oltre_la_definizione_teorica

Quanto poi ai profili in concreto del “caso 5G”¹⁴, questa tecnologia, nel corso degli ultimi anni, ha sollevato in una porzione della comunità scientifica internazionale alcuni dubbi inerenti alla sua capacità di generare un nocimento considerevole all’uomo e agli ecosistemi in cui egli è immerso¹⁵.

In particolare, oggetto della vicenda è stata la correlazione tra esposizione a campi elettromagnetici e fenomeni neoplastici emersa dagli studi effettuati su modelli animali da parte dell’Istituto Ramazzini e dal *National Toxicology Program*¹⁶. Ulteriori spunti di riflessione sono stati poi rinvenuti nel *Consensus statement* del 2020¹⁷, sottoscritto da tredici associazioni mediche internazionali (tra le quali figura l’italiana *Isde Italia*), che ha evidenziato come l’esposizione a campi elettromagnetici con valori inferiori ai limiti oggi vigenti possa determinare nocimento tanto all’uomo quanto a svariate altre forme di vita. Inoltre, il rapporto in questione ha rilevato l’incremento del pregiudizio per la salute umana in presenza di fattori quali la minore età, l’età fertile o lo stato di gravidanza. A margine di questi profili di criticità, il contributo ha invitato a valutare con grande attenzione la possibilità di esporsi a simili emissioni in concomitanza con ulteriori fattori quali l’inquinamento atmosferico o la presenza di interferenti endocrini.

Al contrario, le iniziative del decisore pubblico europeo e nazionale,

¹⁴ Con l’espressione 5G ci si riferisce agli standard e alle tecnologie di telecomunicazione di quinta generazione. Cifra distintiva di questo complesso di infrastrutture e protocolli è una maggiore larghezza di banda, che rende il suo uso estremamente versatile, e una sostanziale riduzione della latenza dei trasferimenti. Infine, la velocità della trasmissione di dati riferibile a questa “nuova tecnologia” è pari a dieci volte rispetto a quella offerta dal c.d. 4G.

¹⁵ V. sul punto la richiesta di moratoria dell’introduzione del 5G <https://www.5gap-eu/about/>. Occorre tuttavia segnalare come vi sia chi abbia assunto, a riguardo, posizioni di segno contrario. In tal senso, v. il contributo dell’istituto Superiore di sanità, reperibile al link https://www.iss.it/documents/20126/2265547/5G_e_rischi_per_la_salute.pdf/d50f25e6-25e4-48c8-b8c3-7da28cc57827?t=1575725274470.

¹⁶ Quanto al contributo italiano, v. L. FALCIONI et AL., *Report of final results regarding brain and heart tumors in sprague-dawley rats exposed from prenatal life until natural death to mobile phone radiofrequency field representative of a 1.8 ghz gsm base station environmental emission*, environ res. 2018 aug. Per approfondimenti circa il contributo del *national toxicology program*, v. U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Cell phone radio frequency radiation*, 2018. <https://ntp.niehs.nih.gov/results/areas/cellphones/index.htm#studies>.

¹⁷ Reperibile al link: <https://www.isde.it/wp-content/uploads/2020/12/2020Consensus-StatementOfUKAndInternationalMedicalAndScientificExpertsAndPractitionersOnHealthEffectsOf-Non-IonisingRadiationAndRadiofrequencyRadiation-Dr.-Erica-Mallery-Blythe.pdf>.

adottate a cavallo della seconda metà degli anni Dieci e della prima metà degli anni Venti del XXI Secolo, hanno reso evidente l'emersione di una diffusa "febbre telecomunicativa", di segno antitetico rispetto all'auspicato approccio precauzionale appena richiamato.

Ci si riferisce, in via preliminare, a due comunicazioni della Commissione europea del 2016, che hanno rappresentato la prima chiara presa di posizione da parte degli attori pubblici europei sul tema.

Il primo di questi interventi, rubricato «*Connettività per un mercato unico digitale competitivo: verso una società dei gigabit*» (Com (2016) 587)¹⁸, metteva in luce il valore che la connettività avrebbe rivestito per il contesto istituzionale europeo già nel breve periodo. L'Unione, pertanto, riconosceva come una priorità la garanzia di una diffusa copertura 5G delle aree urbane, di quelle rurali e lungo i principali percorsi del trasporto pubblico. Contestualmente, avrebbe dovuto essere garantito l'accesso ai dati mobili e un accesso ad una «connessione fissa» attraverso reti da un *gigabit* per istituzioni pubbliche ed imprese, mentre alle famiglie avrebbero dovuto essere offerte dagli attori economici di settore reti da almeno 100 Mbps.

Con la seconda Comunicazione – intitolata «*Il 5G per l'Europa: un piano d'azione*» (Com (2016) 588)¹⁹ – invece la Commissione ha inteso gettare le basi per una definizione dei principali obiettivi connessi alla tecnologia 5G. Fine ultimo dell'iniziativa in questione era quello di arrivare entro il 2020 ad una erogazione su larga scala dei servizi di telecomunicazione di V generazione da parte degli attori commerciali ICT europei.

Quanto all'Italia, nel mese di marzo del 2018, il Ministero dello Sviluppo Economico ha dato avvio ad alcune sperimentazioni di questa tecnologia in cinque città italiane: Bari, L'Aquila, Matera, Milano e Prato²⁰. L'obiettivo di questi progetti pilota era quello di verificare le ricadute delle molteplici potenzialità del 5G nella vita di cittadini, imprese ed istituzioni. In particolare, i settori interessati da queste sperimentazioni sono stati quelli della sanità, del turismo, della sicurezza e dell'industria 4.0.

Nel 2018, si è svolta la prima asta per l'assegnazione delle frequenze

¹⁸ V. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0587>

¹⁹ Per approfondimenti, si rinvia a <https://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/ES070.pdf>

²⁰ Sul punto, v. https://www.ilsole24ore.com/art/parte-sperimentazione-il-5g-cinque-citta-AEI-fZen?refresh_ce=1

5G²¹, che ha rappresentato il primo passo italiano verso una effettiva diffusione su larga scala di questa tecnologia. Nel 2019, infatti, si è assistito al lancio nazionale dei primi servizi di telecomunicazione basati su tecnologie di V Generazione, per quanto territorialmente circoscritti.

Nel 2020, poi, l'Europa è tornata a far sentire la propria voce in materia di sicurezza di questi ritrovati tecnologici, conseguibile (ad avviso delle istituzioni euro unitarie) solo attraverso un processo di costante e corale monitoraggio pubblico-privato delle reti di telecomunicazione. Per questa ragione l'Unione si è dotata del Toolbox sul 5G²², pubblicato dal *NIS Cooperation Group*²³ nel gennaio 2020. L'intervento è consistito in un complesso di linee guida per la predisposizione di piani nazionali "euro-armonizzati", funzionali alla mitigazione dei rischi derivanti dall'impiego di queste tecnologie.

Con il Programma strategico per il decennio digitale²⁴, presentato dalla Commissione europea nel marzo 2021, "Bruxelles" ha ulteriormente definito le principali direttrici della transizione tecnologica dell'Unione, la cui realizzazione dovrebbe giungere a compimento entro il 2030, anno in cui si presume possa vedere la luce la c.d. tecnologia 6G. L'iniziativa del 2021 ha come propri campi d'azione quello dell'alfabetizzazione digitale, dello sviluppo sicuro e sostenibile di infrastrutture digitali, come la digitalizzazione dei servizi pubblici, e del tessuto industriale europeo. Il 5G, in un simile scenario, riveste per l'Unione il ruolo di abilitatore di questa metamorfosi digitale.

Dell'anno successivo sono poi due bandi dedicati al finanziamento dei costi di realizzazione delle reti 5G²⁵ in Italia che, pubblicati nel marzo 2022, attraverso lo stanziamento di 3,7 miliardi di euro mirano, con un margine variabile di copertura dell'investimento, al collegamento con fibra ottica di circa diecimila infrastrutture di telecomunicazione esistenti e all'installazione di migliaia di nuove «stazioni 5G».

²¹ V. <https://www.mimit.gov.it/it/comunicazioni/servizi-alle-impres/tecnologia-5g/bando-5g>

²² V. NIS COOPERATION GROUP, *Cybersecurity of 5G networks EU Toolbox of risk mitigating measures*, CG Publication 01/2020, reperibile al link https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64468

²³ Organismo che raccoglie al suo interno rappresentanti di tutte le Autorità di settore degli Stati membri, la Commissione e l'Agenzia per la cybersicurezza dell'Unione europea.

²⁴ Per approfondimenti, v. <https://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/ES064.pdf>

²⁵ Al riguardo v. <https://innovazione.gov.it/dipartimento/focus/piano-italia-5g/>

Infine, due interventi in grado di rendere evidente l'interesse pubblico per questa tecnologia, e in particolare la sensibilità politicamente trasversale del decisore italiano in materia, sono il c.d. decreto Ucraina ed il piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

Con il d.l. n. 21 del 21 marzo 2022, infatti, il Consiglio dei ministri ha esteso la disciplina dei "poteri speciali" anche alle imprese attive in materia di 5G. A questo ampliamento dello spettro applicativo del *golden power*, che denota il grado di attenzione delle istituzioni per il tema, ha fatto eco il già richiamato PNRR.

L'ambizioso complesso di riforme e investimenti destina il 27% delle risorse stanziare in favore della transizione digitale. Il Piano Italia 5G, che costituisce una sub-articolazione dell'unità dedicata alla trasformazione ICT del Paese, ha quale propria finalità quella di accrescere la portata e la performatività delle infrastrutture di telecomunicazione in Italia, avendo cura di raggiungere quelle aree o quei soggetti esclusi dall'impiego del 5G in ragione del loro essere interessati da casi di fallimenti di mercato.

Il quadro di iniziative appena esposto evidenzia il peso che l'implementazione di questa tecnologia avrà nel prossimo futuro ad avviso dei decisori pubblici europei tanto unionali quanto nazionali. Un impatto quantificabile, secondo l'Osservatorio *5G & Beyond* della School of Management del Politecnico di Milano, in 1,72 miliardi di euro²⁶, che il 5G sarà in grado di mobilitare entro il 2026, il cui dieci per cento sarebbe riferibile al solo mercato italiano.

Questa distonia tra le posizioni assunte da una porzione della comunità scientifica e le scelte politiche adottate dal decisore pubblico ha portato alla nascita di movimenti d'opinione²⁷, a una considerevole mole di ordinanze sindacali volte a impedire l'installazione o il funzionamento di apparati di trasmissione di V generazione e ultimi, ma non meno rilevanti, a una serie di contributi dei giudici ordinario e amministrativo che hanno reso evidente l'assenza di una omogeneità interpretativa della giurisprudenza²⁸.

²⁶ V. *Le reti industriali "accendono" il 5G. Nel 2026 un mercato europeo da 1,72 mld di euro*. Per un sunto dei contenuti del report, v. <https://www.osservatori.net/comunicato/5g-connected-digital-industry/5g-mercato-europa/>

²⁷ Sul punto si rinvia a <https://www.alleanzaitalianastop5g.it/chi-siamo/>

²⁸ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, amministrativa, civile e penale in tema di elettrosmog si rinvia a <https://www.lexambiente.com/index.php/materie/elettrosmog>

Va detto che, da tempo, il tema della regolamentazione delle fonti di elettrosmog sollecita l'attenzione del legislatore nazionale²⁹ e unionale³⁰. Tuttavia, il crescente impatto delle reti di telecomunicazione, sia nella loro declinazione infrastrutturale sia in termini di traffico di dati e capitali ad esse riferibili, rendono ad oggi gli interventi di governo di queste reti ben più complessi di quanto non fossero sul finire degli anni Novanta.

Infatti, interessi politici, geopolitici ed economici rischiano di essere compromessi in assenza di reti ICT all'avanguardia³¹, così come dall'efficienza di queste ultime dipende l'effettività di una rosa di principi e diritti, i quali rischierebbero di subire una profonda compressione in assenza di una lettura cyberneticamente mediata.

Un ulteriore profilo problematico attiene alla capacità del progresso tecnologico di generare un nocumento in prospettiva ecosistemica. La qualcosa, paventata dagli studi richiamati in apertura, evidenzia come il "governo del presente", e dunque il contestuale processo di adattamento dell'ordinamento giuridico alle nuove frontiere del tecnologicamente possibile, non è e non potrà mai essere un contestuale governo di distinte transizioni, ma il governo di una grande transizione sistemica.

²⁹ Quanto al contesto italiano, si richiama la legge 22 febbraio 2001, n. 36 («*Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*»), la cui impostazione riflette il principio di precauzione (PDP) di cui all'art. 191 TFUE. Questa attribuisce allo Stato le funzioni relative alla determinazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità; congiuntamente a quelle di promozione di attività di ricerca e di sperimentazione tecnico-scientifica; di coordinamento delle attività di raccolta, elaborazione e diffusione dei dati di settore nonché di predisposizione del catasto nazionale delle sorgenti di campi elettromagnetici e dei territori da questi interessati. Obbliga, inoltre, lo Stato a determinare i criteri di elaborazione dei piani di risanamento degli elettrodotti, disciplinando il diritto di informazione dei cittadini circa i livelli di intensità elettromagnetica generati da ciascun prodotto commercializzato e la distanza di utilizzo consigliata per minimizzarne i connessi rischi per la salute.

³⁰ In ambito europeo, Il primo intervento risale al 1994, anno in cui il Parlamento europeo si esprime attraverso una Risoluzione a cui seguì una Raccomandazione del Consiglio europeo 1999/519/CE, inerente alla limitazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici con intervallo d'intensità 0hz-300ghz. Nel 1998 si unirono le cinque linee guida ICNIRP, poi riconfermate Nel 2009, per l'intervallo 100khz-300ghz, consolidandosi nel 2010 (con riferimento allo spettro 1hz-100khz).

³¹ Sul punto v., ad esempio, A. PIGOLI, A. CAROBENE, *Come le nuove tecnologie influenzano lo studio della geopolitica*, in A. PLEBANI, *Dinamiche geopolitiche contemporanee. Ce.St.In. Geo. geopolitical outlook*, Milano, 2023, 203 ss.

Un simile orizzonte problematico apre a svariati profili meritevoli di approfondimento. Tuttavia, a margine dei segnalati fenomeni di esposizione passiva involontaria della salute del cittadino ai potenziali danni del 5G, con questo intervento si intende indagare se ed in che misura il conflitto tra scienza e politica possa trovare, nel quadro di un ordinamento giuridico democraticamente orientato, una camera di decompressione tale da consentire, all'insegna della trasparenza e del presidio dello Stato di diritto, un governo della società all'insegna del progresso ecologicamente, tecnologicamente e costituzionalmente sostenibile.

Una sfida che si è ripetutamente posta nel recente passato ai decisori pubblici e che, al netto di qualsivoglia positivo auspicio, continuerà a porsi, nel quotidiano sforzo istituzionale di approntare strumenti giuridici in grado di governare la disomogeneità sociale delle moderne democrazie, impegnate (ciascuna con specifici livelli di intensità) in una corsa alla sovranità tecnologica e alla realizzazione (talvolta predicata più che praticata) di un azzeramento dell'impatto ecologico dei rispettivi tessuti socio-economici.

3. *Premesse in tema di riserva di scienza*

Al di là della complessità di questa sfida, e al netto della fondatezza dei timori che è in grado di suscitare in parti del tessuto sociale ciascun caso di ignoto tecnologico, ciò che appare necessario è il superamento dell'antagonismo tra la produzione di conoscenza ad opera della comunità scientifica e quella di produzione normativa da parte degli organi rappresentativi. È, infatti, proprio dal raggiungimento di questo obiettivo che dipende il superamento della predetta complessità e dei timori che si sviluppano periodicamente in ampie fette della società, di frequente alimentati da una certa "retorica *NIMBY*"; timori che le scienze giuridiche hanno il compito di provare a dissipare, in un orizzonte di medio termine, in attesa che l'opinione pubblica riesca nel lungo periodo a fare di questa pacificazione tra scienza e politica un tratto identitario della propria coscienza di popolo.

La prospettiva giuridica, e segnatamente la sua declinazione giuspubblicistica, impone di prendere atto che la soluzione del problema riposa

sulla efficace implementazione della c.d. “riserva di scienza”³², non tanto e non solo con riferimento alle ricadute materiali della decisione pubblica ma soprattutto nella sua declinazione di elemento procedurale dell’attività decidente. Tanto più che, nonostante la tragica parentesi pandemica, una porzione considerevole della classe politica appare “sorda” alle cc.dd. ragioni della scienza, anche quando largamente suffragate da riscontri empiricamente consolidati.

Tuttavia, per comprendere presupposti ed effetti connessi all’impiego di questa riserva occorre preliminarmente riflettere, sul rapporto che sussiste tra l’ordinamento giuridico e la vita della comunità scientifica internazionale.

È noto, non solo in dottrina, come la scienza in senso lato goda in Italia di particolari garanzie giuridiche. La tutela dell’indipendenza della comunità scientifica, infatti, trova spazio perfino in Costituzione, in concomitanza del primo comma dell’art. 33 che proclama, come noto, espressamente la libertà dell’arte e della scienza.³³ Una tutela che mira a preservare il valore intrinseco della conoscenza, «della scienza per la scienza»³⁴, a prescindere dalle sue declinazioni settoriali.

Ciò che, al contrario, resta ancora piuttosto incerto è in che modo questa tutela si concretizzi nel quadro del quotidiano funzionamento dello Stato apparato e, in particolare, di quelle istituzioni deputate alla creazione di nuovo diritto. Si pensi in tal senso alle assemblee rappresentative, crogiolo di interessi materiali e idealità politiche.

È in ogni caso necessario prendere atto di quanto le scienze sociali si siano da tempo dimostrate permeabili alle acquisizioni delle cc.dd. scienze esatte. Questa ineludibile porosità epistemica ha portato ad una decisa critica di qualunque forma di distonia tra il prodotto dell’osservazione empirica di un dato fenomeno e il suo inquadramento giuridico, così

³² Un tema estremamente complesso, che si inserisce nel più ampio campo di indagine costituito dal rapporto tra “scienza” *lato sensu* e scienze giuridiche. Sul punto, v. L. DEL CORONA, B. LIBERALI (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, 2022.

³³ Per una lettura giuspubblicistica del tema v. G. ENDRICI, voce *Ricerca scientifica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, 5216 ss.; R. CAVALLO PERIN, *L’università come istituzione di libera scienza*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 3, 2023, 549 ss.

³⁴ V. E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, XXX Convegno annuale AIC – Roma 2015 *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, in *Rivista AIC*, 2015, 6.

come di una concezione del legislatore in qualità di «onnipotente arbitro del divenire umano»³⁵.

Pertanto, se si volesse ad oggi descrivere la riserva di scienza si potrebbe parlare della manifestazione ordinamentale di un vincolo giuridico che, quando richiesto o quando intrinsecamente rilevante, funge da collegamento tra la politica (con il suo portato di idealità, principi, valori) e la realtà concreta suscettibile di empirica osservazione.

In altri termini, al di là della «piena concettualizzazione delle categorie emergenti di legge a contenuto tecnico-scientifico (*science-based*), di legge guidata dalla scienza (*science-driven*) e, [...] di legge basata sui dati (*data-driven*)»³⁶, che nella loro eterogeneità hanno un ruolo relevantissimo nel quadro della ricostruzione giuridica del contributo offerto al mondo del diritto dalla comunità scientifica internazionale, ciò che pare necessario ai fini di questa indagine è approfondire gli approcci che sono stati adottati in dottrina circa l'inquadramento ordinamentale della riserva di scienza in senso stretto.

Le proposte sono profondamente distinte, anche in ragione delle specifiche letture degli elementi di contesto che concorrono nella definizione del rapporto tra scienza, politica e diritto, di cui è portatore ciascun interprete che si è cimentato con questa sfida epistemica.

Ad avviso di una parte della dottrina, la riserva di scienza si manifesterebbe come un principio costituzionale, il quale opera nel quadro di scelte pubbliche interessate o interessabili da valutazioni tecnico-scientifiche, alla luce del quale è indispensabile affidare in via principale il “timone dell’attività decidente” alla “scienza”. La qualcosa si traduce, alla luce della tutela negativa della libertà della scienza (*ex art. 33, comma 1, Cost.*), nella predisposizione di una serie di limiti all’esercizio dei poteri pubblici la cui legittimità sarebbe riconducibile al valore conoscitivo del prodotto della comunità scientifica³⁷.

³⁵ Cfr. sul punto, S. ROTTA, *Montesquieu*, in *Il pensiero politico. Idee Teorie Dottrine*, a cura di A. Andreatta, A.E. Baldini, Vol. V, II, Torino, 1999, 348 s.; S. COTTA, *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, 1953.

³⁶ Per il cui approfondimento si rinvia, per necessità di economia espositiva, ad A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2022, pp. 521 ss.; V. G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962.

³⁷ V. la ricostruzione svolta da L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2022.

Ad una lettura di questo segno si riconduce, nel quadro del rapporto tra comunità scientifica e organi titolari del potere legislativo, l'emersione di un certo *favor* per forme di delega della funzione nomopoietica in favore di organismi tecnico-scientifici e, sul piano delle fonti, ad una preferenza per fonti di secondo grado, perché più idonee ad adattarsi al rapido progresso tecnico-scientifico ed in ragione di una più efficiente capacità di giuridicizzare le coordinate scientificamente determinate³⁸. Al contrario, altra parte della dottrina ha rilevato come, simili proposte abbiano un impatto evidentemente problematico «sulla tenuta dei principi costituzionali di legalità ma soprattutto su quello della riserva di legge»³⁹.

Se è indubbio che la giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 282 del 2002, ha reso evidente come la riserva di scienza sia la categoria giuridica attraverso cui riconoscere l'esistenza di un limite scientificamente riferito alla discrezionalità legislativa, parrebbe ciononostante suscettibile di critiche una lettura dell'art. 33, comma 1, Cost. quale «fondamento costituzionale di un generale obbligo di conformazione dei pubblici poteri ai dettami della scienza, [...] risultando più idonea una sua lettura in qualità di criterio della irragionevolezza scientifica nella tutela dei diritti che potrebbero risultare menomati o scarsamente protetti da scelte legislative incuranti o incoerenti delle evidenze scientifiche»⁴⁰.

Questa critica a un'eccessiva espansione applicativa dell'art. 33 Cost. e della sua valorizzazione parametrica nel controllo di costituzionalità delle leggi a contenuto tecno-scientifico, riposa su una serie di profili problematici, di cui pure si avrà modo di discutere nel prosieguo di questo scritto. Per il momento, ciò che appare indispensabile, ai fini di una seppur breve ricostruzione di questa "lettura prudente" della riserva di scienza è la fragilità della pretesa neutralità della comunità scientifica, e in special modo, dei suoi appartenenti, messa in discussione dal bagaglio etico-politico di questi ultimi o dalle circostanze economico-sociali entro cui costoro sono quotidianamente immersi.

In questa prospettiva, pur essendo indubbio che «le valutazioni scientifiche in ambito politico e giuridico possano vantare un ruolo, di certo,

³⁸ L. DEL CORONA, *op. cit.* pp. 61 ss.

³⁹ G. FONTANA, *Lavinia Del Corona, Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022, 1-328, *recensione*, in *La rivista "Gruppo di Pisa"*, fasc. 3, 2024, pp. 240 ss.

⁴⁰ G. FONTANA, *op. cit.*, p. 250.

eminente [...] esso non può in alcun caso ritenersi preminente [...] tanto più quando il sapere scientifico risulta sregolato e non vigilato da principi etico-politici»⁴¹.

Al di là dell'approccio che si voglia sposare, è evidente il fatto che ancora oggi resti aperto il tema della corretta dialettica fra scienza e politica. Sul punto, non può che ribadirsi, richiamando quanto già evidenziato in dottrina, la necessità di entrambe le funzioni, laddove la comunità scientifica chiarisce se e in quale «misura la realizzazione di un obiettivo provoca il sacrificio di un altro, mentre «spetta ai politici adottare le decisioni ultime e procurare ad esse nel maggior grado possibile l'adesione della collettività»⁴², operando in qualità di cerniera tra la comunità scientifica e la società civile⁴³.

Al di là delle specifiche posizioni, la riserva di scienza rappresenta lo strumento attraverso cui addivenire a uno sviluppo equilibrato dei rapporti fra scienze giuridiche e scienze naturali, nella loro accezione di scienze dure e della vita. L'opzione interpretativa a "prevalenza scientifica" o a "prevalenza politica" descrive allora in che termini quell'equilibrio può dirsi raggiunto, ma al netto della preponderanza di uno o dell'altro fattore, nessuna delle due variabili può essere cancellata dall'equazione. Da ciò dipende l'inquadrabilità costituzionale dell'azione politica e dell'elaborazione tecnico-scientifica, che incontrandosi nel quadro della riserva di scienza sviluppano o, forse, rendono semplicemente evidente, una loro complementarietà, senza che da ciò si esauriscano le specificità epistemiche di ciascuno dei piani coinvolti⁴⁴.

Se poi si volesse provare a superare la rappresentata dicotomia interpretativa, verrebbe da domandarsi se, in una certa misura, la "verità non sia nel mezzo" e quindi se, entrambi gli approcci – scienziata, da un lato, e politicista, dall'altro – non siano entrambi portatori di un frammento di verità; frammenti che, se lavorati con cura e ricondotti a unità, possono offrire una lettura dinamica della riserva di scienza tale da mutare la

⁴¹ G. FONTANA, *op. cit.*, p. 246.

⁴² V. A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria*, cit.

⁴³ V. G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, cit.

⁴⁴ È indubbio che, come ricorda A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria*, cit. Per il costituzionalismo, la «distinzione tra tecnica e politica costituisca, al contempo, un «problema classico» e un «problema della modernità». Su questi temi, v. i contributi raccolti da G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016.

propria vincolatività per i poteri pubblici a seconda del contesto oggetto dell'attività decidente.

È possibile graduare, a seconda della materia, la portata applicativa di altre iconiche riserve del nostro ordinamento – come la riserva di legge – avendo, a seconda del bene giuridico o del principio interessabili dall'esercizio del potere di normazione, casi di riserva relativa, assoluta o rinforzata. Per alcune materie è perfino presente in seno all'ordinamento giuridico italiano una riserva d'aula, che non solo impedisce di regolare un dato fenomeno attraverso fonti diverse dalla legge, ma che richiede che quest'ultima coinvolga i parlamentari nella loro totalità.

Non sembra allora fuori luogo immaginare che, a seconda dell'ambito oggetto di regolazione, la riserva di scienza possa esercitare un livello di influenza più o meno robusto sul grado di discrezionalità del decisore pubblico. Nei casi di regolazione altamente tecnica⁴⁵, potrebbe avere un ruolo preponderante nella definizione giuridica di standard e limiti connessi all'impiego di specifiche tecnologie, come ad esempio il c.d. 5G, quasi al punto da ridurre grandemente (senza mai annichilirlo del tutto) il margine di esercizio della discrezionalità politica. Al contrario, quando la complessità dell'orizzonte finalistico di un intervento regolatorio è tale che la rosa di interessi/valori che il legislatore intende perseguire necessita di un bilanciamento più articolato, allora il contributo tecnico-scientifico assume i panni di variabile concomitante e non di orizzonte finalistico prevalente. In questo caso, la riserva di scienza regredisce a mera manifestazione del principio di ragionevolezza, poiché un rafforzamento di grado superiore della vincolatività del dato tecnico-scientifico finirebbe con il sovrastimare una parte del tutto a discapito degli ulteriori fattori decisionali.

Autorevole dottrina, quanto alla riserva di legge, ha ricordato come sono i principi a dover guidare l'interprete «in ordine alla domanda su quale sia lo spazio di discrezionalità che la legge può lasciare al potere esecutivo e al potere giudiziario (la discrezionalità di quest'ultimo dovrà ovviamente intendersi diversamente da quella dell'Amministrazione) ed

⁴⁵ Ad esempio, posto un tema come lo sviluppo delle reti di telecomunicazione 5G, altresì dato per ineludibile un fine eminentemente politico come la salvaguardia della salute umana, le acquisizioni della comunità scientifica in tema di effetti nocivi derivanti dall'esposizione ad inquinamento elettromagnetico rappresenterebbero un presupposto cruciale nella costruzione di una norma giuridica efficace, ovvero idonea a conseguire (attraverso l'indicazione di standard d'uso e limiti di emissione) le finalità a cui è preposta.

in particolare su quali siano le possibilità che fonti di rango secondario, emanate da autorità amministrative, intervengano, in concorrenza con la legge, a disciplinare materie od oggetti ad essa riservati»⁴⁶.

Analogamente, sono i principi in gioco a dover identificare se la riserva di scienza debba essere letta come relativa o assoluta, se ed in che modo il legislatore debba o meno limitare la propria discrezionalità.

Del resto, le disposizioni costituzionali, che fanno riferimento in modo più o meno evidente al tema della riserva di legge esprimono principi, il cui completamento deve ancora realizzarsi⁴⁷. Essa, quindi, esprime il principio di indisponibilità del potere legislativo in nome di uno o più principi. A seconda di quanto questi ultimi possano essere compromessi dal ricorso a fonti del diritto estranee alla legge nel quadro della loro regolazione, le maglie della riserva risponderanno in modo restrittivo ovvero espansivo.

Allo stesso modo, dato un parametro tecnico-scientifico ed un set di interessi/principi meritevoli di tutela ad avviso del legislatore, quanto più la tutela del principio prevalente troverà nel dato tecnico-scientifico margini di garanzia, tanto più il contributo della comunità scientifica diverrà vincolante per il legislatore, anche al punto da condizionarlo profondamente nell'esercizio delle sue funzioni. Al contrario, quanto più la tutela degli interessi/principi in gioco sarà marginalmente attinta dai riscontri scientifici, ovvero quanto più questi ultimi evidenzieranno un pregiudizio per un interesse/principio ritenuto marginale dal legislatore ai fini della propria attività decidente, tanto più la riserva di scienza potrà dirsi relativa.

Resta, però, da chiarire quanto della dimensione tecnico scientifica possa essere effettivamente assimilato dalla riserva di scienza. Per rispondere a questa domanda occorre distinguere le scienze dalle arti: le prime caratterizzate da un profilo speculativo, le seconde da una dimensione prevalentemente tecnica⁴⁸. Con riferimento a questa dicotomia, vi è chi

⁴⁶ D. NOCILLA, voce *Riserva di legge*, in *Enciclopedia Treccani, Diritto on line*, 2019, [https://www.treccani.it/enciclopedia/riserva-di-legge_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/riserva-di-legge_(Diritto-on-line)/)

⁴⁷ V. E.W. BÖCKENFÖRDE, *I metodi dell'interpretazione costituzionale. Ricognizione e critica*, Id., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, M. NICOLETTI, O. BRINO (a cura di), Milano, 2006, pp. 68 ss.

⁴⁸ Circa il significato dei lemmi scienze e arti, v., *ex multis* P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo e globalizzazione, Atti del XXVII Convegno annuale. Salerno, 22-24 novembre 2012*, Napoli, 2014. Quanto alla dimensione costituzionale dell'arte v., di recente, M.A. CABIDDU, *La società del "bellestere" e il suo "sistema"*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2022, 14 ss.

sostiene che il potere di indirizzo connesso alla riserva debba essere riconosciuto solo alle prime⁴⁹. Al contrario, secondo altri, la trasmissibilità delle regole dell'arte per il tramite dell'insegnamento della pratica che le contiene rendono anche le seconde meritevoli di sussunzione. Per costoro, infatti, sarebbe ravvisabile una quota speculativa anche in quelle discipline eminentemente pratiche, tale da legittimare una loro partecipazione nei processi di costruzione della “norma non contraddittoria”⁵⁰.

4. *La riserva tra limiti umani e indirizzi giurisprudenziali*

Al netto dell'approccio che si voglia preferire, vi è un aspetto che accomuna, ovvero dovrebbe accomunare, i soggetti attivi in campo tecnico-scientifico. Polanyi sul punto ebbe modo di affermare l'esistenza di un contratto sociale tra gli appartenenti alla comunità scientifica internazionale fondato sul comune amore per la scienza, che vincola la stessa comunità al rispetto della coscienza dei suoi componenti⁵¹. Questa indipendenza del tecnico e dello scienziato appare di particolare delicatezza se si pensa a quanto il dato tecnico-scientifico possa rappresentare un parametro interposto di costituzionalità⁵². Tuttavia, se quanto sostenuto da Polanyi fosse sempre vero, allora la democrazia potrebbe effettivamente trovare nella comunità scientifica un fedele alfiere, pronto a soccorrerla mosso esclusivamente dal suo amore per il sapere.

Non sempre, però, questa onestà intellettuale guida la totalità dei membri della comunità scientifica⁵³. Costoro intrattengono spesso relazioni professionali con grandi attori economici, circostanza che può, più o meno consapevolmente, condizionarne la capacità di giudizio. Inoltre,

⁴⁹ M. CARDUCCI, *Schemi di orientamento costituzionale della vicenda 5G*, in *Isde*, 2020.

⁵⁰ M. POLANYI, *Scienza, fede e società*, Roma, 2007, 82 ss.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² V. le riflessioni e la connessa ricostruzione dottrinale di M.F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE online*, fasc. 2, 2023, 329 ss., spec. 330; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 8 ss.

⁵³ Per approfondimenti sul tema della *research integrity*, nonché sui riflessi della stessa nella costruzione di uno statuto giuridico della riserva di scienza, v. A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: materie con rilevanza tecnico-scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2019, 143 ss., 152 s.

quest'ultima può risentire dei principi filosofici, dei precetti religiosi o delle convinzioni politiche; l'uomo di scienza, alla stregua di ogni altro individuo, può legittimamente ambire a incarichi istituzionali, come dimostrato con la "discesa in campo" di alcuni noti virologi nelle elezioni politiche del settembre 2022⁵⁴.

Questi fattori espongono a nocumento la neutralità del contenitore, rappresentato dalla comunità scientifica, la quale non può dirsi immune dalla potenziale partigianeria di una porzione, quand'anche esigua, del suo contenuto.

Nonostante questi possibili limiti dell'uomo di scienza, tutto sommato circoscritti dal vaglio qualitativo costantemente esercitato dalla comunità scientifica nel suo insieme, la stessa Carta del 48' rinvia alle "scienze" il compito di arricchire di contenuti extragiuridici svariati suoi passaggi normativi. Si pensi, in tal senso, a quanto previsto dall'art. 25 Cost.⁵⁵, con il quale il Costituente scelse di ancorare alle acquisizioni scientifiche la determinazione degli elementi costitutivi della fattispecie penale, funzionale al presidio della salute fisica del lavoratore⁵⁶.

Analogo rinvio lo si può ritrovare nell'art. 41 Cost., secondo cui l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Una disposizione che, tra l'altro, si chiude con la previsione dell'obbligo per il legislatore di prevedere «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Proprio nella determinazione del nocumento da scongiurarsi emerge prepotentemente il rilievo della dimensione tecnico-scientifica, poiché è quest'ultima a poter offrire al diritto, per il tramite dei propri protocolli, le coordinate qualitative e quantitative in grado di attivare la compressione della libertà costituzionalmente garantite.

La Corte costituzionale, sempre con riferimento all'art. 41 Cost., ha poi sottolineato come sia da intendersi censurabile, in sede penale, solo quella condotta dell'imprenditore che si discosti dagli standard di sicurezza propri delle diverse attività produttive, in concreto e al momento, o che

⁵⁴ Sul punto si rinvia a <https://tg24.sky.it/politica/2022/08/17/elezioni-candidati-virologi>

⁵⁵ V. M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Commento all'art. 25 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 526 ss.

⁵⁶ Cfr. E. CASTORINA, *op. cit.*, 17.

non rientri negli standard di produzione industriale o che la stessa non sia stata espressamente prescritta⁵⁷.

Un ulteriore intervento della Consulta meritevole di menzione è, poi, la già richiamata sentenza n. 282 del 2002⁵⁸, con la quale la Corte dichiarò l'incostituzionalità di una legge della regione Marche perché, nel sospendere la terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e trans orbitale, e altri simili interventi di psicoturgia in attesa di una definizione ministeriale della rispettiva efficacia, non aveva fondato la propria scelta su alcun «autonomo accertamento, effettuato o recepito dal legislatore regionale, circa gli effetti delle pratiche terapeutiche considerate»⁵⁹.

Un'attenzione, quella dei giudici della Consulta, periodicamente riemersa (spesso in occasione di vicende connesse all'esercizio della c.d. "arte medica")⁶⁰. Si pensi, in tal senso, alle sentenze in tema di fecondazione assistita⁶¹ (n. 151 del 2009 e 162 del 2014), particolarmente iconiche delle posizioni assunte dalla Corte in materia di riserva di scienza.

La giurisprudenza costituzionale italiana si è posta, sul tema, in linea con la giurisprudenza di altre Corti, nazionali e sovranazionali, facendo proprio un virtuoso modello di dialogo giurisprudenziale⁶². Nello specifico, quanto ai contributi europei, giova qui segnalare la posizione assunta dalla CEDU, in occasione della sentenza *S.H. e altri contro Austria*

⁵⁷ V. Corte costituzionale, 18 luglio 1996, n. 312.

⁵⁸ Corte costituzionale, 19 giugno 2002, n. 282.

⁵⁹ V. C. CASONATO, *op.cit.*, 6.

⁶⁰ V. D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019.

⁶¹ Una materia estremamente delicata, sul piano scientifico come su quello etico e giuridico, che negli ultimi anni ha interessato il contributo dottrinale e giurisprudenziale-costituzionale. V. per utili approfondimenti gli studi monografici di V. PICCININI, *Filiazione naturale e filiazione da procreazione mediamente assistita. A vent'anni dalla legge n. 40/2004*, Torino, 2025; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2021; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (A cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della fecondazione eterologa. Analisi critica e materiali*, Milano, 2014. Quanto ai profili giurisprudenziale-costituzionali del tema, v. A. CARRATO, *La procreazione medicamento assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio studi della Corte costituzionale, marzo 2021; M.P. IADICICCO, "Cosa resta del padre". *A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner*, in *Biolaw Journal*, n. 1, 2024, 249 ss.

⁶² V. A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche"*, cit., 150.

(57813/00, Prima Sezione, 1° aprile 2010 e Grande Camera 3 novembre 2011). Il Giudice ha espressamente richiesto, nelle more del giudicato, a ciascun legislatore di svolgere previamente una valida istruttoria ogni qualvolta intervenga in materie con contenuto tecnico-scientifico⁶³. Pur non rinvenendo alcuna violazione della Convenzione, la Corte ha evidenziato la necessità, in talune materie, di un costante intervento adeguativo degli Stati nazionali, i quali sono tenuti a fondare la propria azione manutentiva dell'ordinamento su di un approccio organicamente inclusivo tanto delle innovazioni giuridiche quanto delle nuove acquisizioni scientifiche.

Alla luce di questo quadro di sintesi, benché non esaustivo, sembrerebbe potersi prendere atto, per lo meno entro lo spazio giuridico eurounitario, del fatto che, con riferimento alla “legge a contenuto tecnico-scientifico”, esistano concreti – seppure non chiaramente definiti – limiti alla discrezionalità del legislatore, il cui rispetto costituisce un presupposto di ragionevolezza dell'intervento normativo. Una discrezionalità considerevolmente meno ampia di quella che ordinariamente caratterizza la legge, ascrivibile al fatto che una sua formulazione priva di corrispondenza con il quadro tecnico-scientifico di riferimento condurrebbe con sufficiente probabilità ad una declaratoria di illegittimità della “fonte irragionevole”⁶⁴.

Pertanto, pur non confutando l'assunto per cui sia prerogativa del legislatore l'esercizio del potere di discernere ciò che è diritto da ciò che non lo è, resta comunque ampio il margine di operatività che la condizionalità scientifica può avere rispetto ai connotati della norma stessa. In caso contrario, infatti, si potrebbe dar luogo ad una tirannia della maggioranza⁶⁵, la quale sarebbe in grado di spazzare via le posizioni “scientificamente rilevanti”⁶⁶ di una porzione della società pur di garantire il libero convincimento della frazione antiscientista solo perché quantitativamente superiore⁶⁷.

⁶³ *Ibidem*. Inoltre, per approfondimenti sul tema, v. S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 aprile 2013, 15.

⁶⁴ A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche*, cit., 152.

⁶⁵ Cfr. sul punto M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1695.

⁶⁶ Si intendono, in questa sede, come scientificamente rilevanti, tutte quelle posizioni fondate sulla esplorazione della realtà attraverso il metodo scientifico.

⁶⁷ Per approfondimenti circa il nesso tra deriva dossocratica e limitazione del margine di operatività della riserva di scienza v. M. CARDUCCI, *op. cit.*, 1.

5. *La fuga dal parametro tecnico-scientifico e il limite dei principi fondamentali*

Se, come si è detto, il parametro tecnico scientifico ha, nell'ordinamento italiano, una collocazione ben consolidata, è pur vero che in talune circostanze la riserva di scienza ha subito dei margini di compressione. Sul punto, utili spunti sono rinvenibili nella più recente giurisprudenza costituzionale⁶⁸, che ha evidenziato come vi siano alcune condotte umane che, in ragione del loro essere riferibili a iniziative economiche rientranti nel quadro dei c.d. impianti di interesse strategico nazionale, si configurano in un certo senso come refrattarie al vaglio giurisdizionale della magistratura ordinaria. Nello specifico, il potere giudiziario, depositario ordinariamente di una straordinaria leva di garanzia del rispetto del "limite della scienza alla libertà del diritto e dei diritti", deve necessariamente arrestarsi in presenza di prescrizioni governative espresse dall'esecutivo nel quadro della procedura di dichiarazione di interesse strategico nazionale di un dato stabilimento⁶⁹.

Una prevalenza che consente inoltre al governo di sottrarsi, in una certa misura e in presenza di specifiche condizioni, a quei parametri tecnico scientifici che devono ordinariamente guidare il processo di bilanciamento degli interessi in gioco quando l'iniziativa economica rischi di

⁶⁸ Al riguardo v. la sent. n. 105 del 2024.

⁶⁹ Il Giudice costituzionale ricorda, in occasione del punto 4.3 del *Considerato in diritto*, che «nell'ambito della procedura di riconoscimento dell'interesse strategico nazionale» regolata dal "decreto Ilva", «sono state adottate misure con le quali si è ritenuto realizzabile il bilanciamento» tra i vari beni giuridici in gioco (in particolare, continuità dell'attività produttiva e salvaguardia dell'occupazione [...] *oltre ad altri interessi previsti dal IV periodo dell'articolo oggetto dello scrutinio costituzionale*). Tali misure sono, all'evidenza, adottate dal Governo a valle dell'individuazione, mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, dello stabilimento in questione come di interesse strategico nazionale, secondo lo schema procedimentale disegnato dallo stesso "decreto Ilva"; e sono, altrettanto evidentemente, distinte dai «provvedimenti amministrativi» autorizzativi di cui parla il terzo periodo dell'articolo *di cui si discute*, e dei quali il giudice deve semplicemente "tener conto". In questa diversa ipotesi, il linguaggio della legge diviene perentorio: il giudice «autorizza la prosecuzione dell'attività», senza poter più svolgere un autonomo bilanciamento tra gli interessi in gioco, evidentemente alle condizioni stabilite dal provvedimento governativo che stabilisce le «misure» di bilanciamento in questione. E senza potere, nemmeno, disporre l'interruzione dell'attività nel caso in cui apprezzi un «concreto pericolo» per la salute o l'incolumità pubblica, ovvero la salute o la sicurezza dei lavoratori, dal momento che il precedente quarto periodo deroga soltanto al primo, al secondo e al terzo periodo, ma non – appunto – al quinto [...].» Corsivo di chi scrive.

generare nocumento all'uomo, agli ecosistemi o agli interessi delle future generazioni⁷⁰. Circostanza che riproduce in prospettiva economico-industriale, la prevalenza che l'ordinamento italiano riconosce alla tutela della sicurezza nazionale che, tra tutte le declinazioni del prisma securitario è quella più profondamente connessa al tema dell'interesse nazionale⁷¹, nonché alla salvaguardia della Repubblica, e del popolo che attraverso di essa esercita la propria sovranità. Ciò nonostante, il bilanciamento tra distinti interessi in gioco in cui opera teleologicamente il contributo della comunità scientifica non è annichilito dalla immediata tutela governativa degli interessi nazionali. Esso è sospeso in un orizzonte di brevissimo termine, ritrovando nuovo slancio nella definizione, da parte del Governo, di un elenco di obblighi correttivi che l'attore economico interessato dal conflitto deve necessariamente assolvere per continuare ad operare nel quadro della legalità⁷². Questa natura temporalmente circoscritta della "fuga dal parametro tecnico-scientifico" assume un valore particolarmente delicato sul piano costituzionale. La Corte, sul punto, si è espressa dichiarando l'illegittimità costituzionale del quinto periodo dell'art. 104 *bis*, comma 1-*bis*.1 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale, nella misura in cui la deroga governativa non appariva circoscritta ad una specifica finestra temporale. Un profilo di incostituzionalità risolto dalla Consulta attraverso un richiamo analogico alla dimensione temporale propria dell'AIA⁷³, imponendo al Governo di superare, attraverso le proprie prescrizioni, questo conflitto tra tutela dell'interesse nazionale e garanzia di ogni altro valore costituzionale ad esso incompatibile entro trentasei mesi dalla formulazione delle prescrizioni in questione⁷⁴.

Al di là della portata, necessariamente circoscritta sul piano temporale di questo protagonismo governativo, e al netto della delicatezza di questa deroga al pieno esercizio del proprio potere da parte della magistratura ordinaria, ciò su cui la Corte pone l'accento nella pronuncia appena richiamata è il valore della "qualità procedurale" di simili rotture della regolarità giuridica⁷⁵.

⁷⁰ In particolare a seguito della riforma costituzionale del 2022.

⁷¹ Per un'articolata ricostruzione dell'istituto si rinvia ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, 2020.

⁷² V. il punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

⁷³ Per una lettura sistematica di questo strumento, v. V. DI CAPUA, *L'autorizzazione integrata ambientale. Verso una tutela sistemica dell'ambiente*, Napoli, 2020.

⁷⁴ V. il punto 5.3.3. del *Considerato in diritto*.

⁷⁵ V. il punto 5.3.2. del *Considerato in diritto*.

Già con la sentenza n. 85 del 2013 la Corte costituzionale aveva ritenuto compatibile con le ragioni di tutela della salute e dell'ambiente una disciplina che vincolava il giudice alle prescrizioni cristallizzate in un provvedimento «di derivazione europea» che «costituisce l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici ed amministrativi in un unico procedimento, nel quale [...] devono trovare simultanea applicazione i principi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale»⁷⁶.

La natura organica dell'AIA, perché capace di sviluppare un dialogo tra fini della politica, ragioni dell'economia e limiti della scienza, appare il modello evidente di una gestione costituzionalmente sostenibile di questi casi di deroga. In simili scenari appare cruciale lo sviluppo di misure che, pur finalizzate al perseguimento di interessi strategici per il Paese, rispondano alle migliori tecniche disponibili (c.d. BAT)⁷⁷.

Quando le decisioni poi risultano ad alto impatto ambientale, procedure composite, come quelle appena richiamate, appaiono utili anche nell'ottica della garanzia di un'effettiva partecipazione dei cittadini (in conformità al considerando n. 27 della direttiva 2010/75/UE e alla Convenzione sull'accesso alle informazioni, alla partecipazione dei cittadini e all'accesso alla giustizia in materia ambientale, c.d. Convenzione di Aarhus, del 1998⁷⁸).

Sempre rimanendo nel solco delle questioni ecologicamente sensibili, il profilo della pubblicità del processo decidente o l'inclusione al suo interno di meccanismi di “partecipazione”⁷⁹ o di accurate analisi del contesto oggetto di intervento pubblico, sono d'altra parte costantemente richiesti anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁸⁰.

Va poi ulteriormente ricordato come sia stato ribadito dalla Corte

⁷⁶ V. sentenza n. 233 del 2021, punto 3.1. del *Considerato in diritto*

⁷⁷ Per come definite dal considerando n. 12 della direttiva 2010/75/UE.

⁷⁸ Ratificata dal parlamento italiano con la legge 16 marzo 2001, n. 108.

⁷⁹ Con ciò riferendosi a tutti quegli strumenti di acquisizione del contributo delle comunità direttamente o indirettamente coinvolte dall'attività decidente, nella loro dimensione politica in senso stretto (es. comitati di quartiere etc.), di carattere sociale (come associazioni culturali o di categoria) o aventi natura squisitamente economica (quali le sigle sindacali o datoriali). Il tema della partecipazione è estremamente vasto e non può essere affrontato in questa sede.

⁸⁰ V., di recente, Grande camera, sentenza 9 aprile 2024 Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri contro Svizzera, paragrafo 539.

costituzionale il rilievo sistemico che l'ordinamento italiano riconosce ai principi fondamentali. Questi ultimi, infatti, non possono essere sopraffatti neppure da fonti del diritto adottate in conformità della procedura rafforzata di cui all'art. 138 Cost.⁸¹. Ciò rende evidente come essi non possano tollerare radicali soppressioni da parte del decisore pubblico in occasione di interventi caratterizzati da un livello di garanzia democratica inferiore a quello offerto dalle leggi costituzionali o di revisione costituzionale. La Corte costituzionale, nella pronuncia n. 125 del 2025, torna poi ad evidenziare come «La modificazione delle disposizioni che definiscono quei principi e la loro evoluzione nella dinamicità del divenire storico sono sempre possibili», ma a condizione ch'essi, come si è detto, non siano «sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale», che – ovviamente – «muterebbe ove l'insieme delimitato dei principi fosse a disposizione delle leggi costituzionali o di revisione costituzionale»⁸², ed ancora di ogni altra fonte del diritto di rango inferiore.

Il tema appare cruciale, nella misura in cui la riserva di scienza è essa stessa il meccanismo metagiuridico di riconoscimento dei parametri oggettivi attraverso cui riconoscere e tutelare il nucleo minimo di alcuni di questi interessi.

In altre parole, se (come spesso accade) con la riserva di scienza il nostro ordinamento lega il contenuto di un precetto giuridico ad un dato

⁸¹ La Consulta, infatti, con la sentenza n. 125 del 2025, ha ricordato, al punto 5.2.1. del *Considerato in diritto*, che «Il complesso delle previsioni normative che scoliscono l'identità della nostra Costituzione definisce quelli che la giurisprudenza di questa Corte chiama principi «fondamentali» o «supremi», identificabili, nel corpo della Costituzione, sulla base di saldi criteri interpretativi d'ordine testuale e storico. Tali principi «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (sentenza n. 1146 del 1988), sicché costituiscono un limite assoluto per le fonti – pur di rango costituzionale – previste dall'art. 138 Cost. L'identità della Costituzione è pertanto definita, nel suo «contenuto essenziale», una volta per tutte dalla Costituzione stessa, senza che le leggi costituzionali o di revisione costituzionale, ancorché libere di innovare anche significativamente le previsioni costituzionali, possano in alcun modo legittimamente scalfirla o alterarla, tant'è vero che, qualora fossero in contrasto con l'insieme delimitato dei principi fondamentali (supremi), sarebbero costituzionalmente illegittime». Circa questa immodificabilità dei principi fondamentali, v. l'ord. n. 24/2017 e le ulteriori sentt. nn. 159/2023, 115/2018, 118/2015, 238/2014, 134/2002, 203/1989.

⁸² V. il punto 5.2.2. del *Considerato in diritto*, nonché la sentenza n. 1146 del 1988 richiamata dalla pronuncia del 2025.

parametro tecnico-scientifico generalmente riconosciuto come valido dalla comunità scientifica internazionale, e da questo ancoraggio deriva l'identificazione di soglie minime di tutela (ad es. in tema di salute umana, integrità degli ecosistemi o portata dei cc.dd. interessi delle future generazioni), allora le fughe dalla riserva di scienza devono essere circoscritte, non solo sul piano temporale, ma soprattutto su quello contenutistico.

La tutela approntata a questo tipo di beni “scientificamente osservabili”, agli interessi di cui sono essi stessi portatori e degli strumenti funzionali alla loro garanzia (come la riserva di scienza), trova proprio nella giurisprudenza costituzionale plurimi richiami. In particolare, la sent. 125/2025, che si configura quale ultimo anello di una catena giurisprudenziale che trae origine dalla sent. 46/1995, evidenzia come la tutela dell'ambiente, nella sua accezione più ampia e (biologicamente e generazionalmente) trasversale, sia tale da giustificare compressioni tutt'altro che trascurabili se pur temporanee del principio di terzietà del giudice e del diritto di difesa che sono cifra distintiva dello Stato di diritto sin dai suoi albori. Compressioni che, come spesso accade, la Corte immagina possano essere di breve durata, confidando nel pronto accoglimento dei suoi moniti da parte del legislatore⁸³. Eppure, tale temporaneità, per quanto riguarda il tema oggetto delle pronunce appena richiamate, non pare ancora superata, e può far parlare serenamente di una compressione ormai consolidata del principio del giusto processo, stante i trent'anni che separano la prima pronuncia in materia di competenze del commissario agli usi civici dall'ultima in ordine di tempo.

6. *Dalla scienza come limite ai limiti della condizionalità scientifica*

La capacità della riserva di scienza di resistere, salvo contingenti sospensioni, a eventuali sue compressioni, perché temporalmente estese o per via di un costituzionalmente illegittimo sacrificio dei principi fondamentali (nei limiti appena rappresentati), offre all'interprete del diritto ulteriori piste di indagine meritevoli di approfondimento.

⁸³ Circa questo rapporto conflittuale intorno ai “moniti della Corte” v. G. VERRENGIA (a cura di), *Corte e Legislatore: tra moniti, rinvii e collaborazione*. Atti del Seminario di studi svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 13 gennaio 2023, Milano, 2024; E. COCCHIARA, *L'evoluzione dei moniti della Corte costituzionale al legislatore: un bilancio a settant'anni dalla L. 87 del 1953*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, fasc. 3, 2023.

Nell'evoluzione dell'ordinamento fatti, diritti e tutele giurisdizionali si susseguono vicendevolmente in una eterna rincorsa⁸⁴. La riserva di scienza attraversa senza soluzione di continuità questa terna concettuale, dapprima come meccanismo di comprensione del fenomeno giuridicamente rilevante, poi come vettore di dilatazione o compressione dell'effettività dei diritti alla luce del fatto concreto, giungendo infine ad incidere sull'attività decidente del giudice. Egli è, infatti, chiamato a pronunciarsi sul diritto da essa interessato alla luce del fatto concreto e, dunque, sulla base del dato di realtà empiricamente analizzato.

Se ciò si può ritenere vero e se essa, come detto, agisce sui tre piani del giuridicamente rilevante, non può escludersi in modo assoluto la sua capacità condizionante del soggetto deputato dall'ordinamento a produrre nuovo diritto. Se, in altri termini, la riserva di scienza già incide sull'esercizio dei diritti e sui processi di loro giustiziabilità, al di là di quanto ha recentemente affermato il Giudice delle leggi, come potrebbe il regolatore ritenersene estraneo?

Del resto, è pur vero che nonostante le molte ragioni per una positiva integrazione della riserva di scienza nella formulazione della decisione politica e della conseguente produzione di nuovo diritto, non mancano neppure aspetti che, senza configurare concrete ombre, rappresentano comunque nodi problematici tutt'altro che trascurabili.

In prima battuta, occorre evidenziare come la complessità che contraddistingue la c.d. società del rischio⁸⁵, rende evidente l'incapacità delle scienze dure di rappresentare l'esclusivo strumento di lettura di quei fenomeni che, pur apparendo "meramente naturali", hanno profonde ricadute sociali.

In questi casi, la scienza non può definire puntualmente la totalità delle variabili in gioco, né l'esatta portata degli effetti di ciascuna scelta assumibile dal decisore pubblico. Come ricordava Leibniz, infatti, se con riferimento al problema matematico occorre ricorrere alla logica della certezza, nel governo dei fenomeni politici (e dunque giuridici) si rende necessario ricorrere alla logica della probabilità⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. A. CARIOLA, *Schema a tesi per uno studio sulla responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale: le posizioni formali assunte dalla Corte e le esigenze di risarcimento integrale delle situazioni giuridiche lese*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, tomo I, Napoli, 2008, 344.

⁸⁵ Il riferimento è a U. BECK, *Società del rischio: verso una seconda modernità*, Roma, 2013.

⁸⁶ Cfr. L. BASSO, *Individuo e comunità nella filosofia politica di G.W. Leibniz*, Soveria Mannelli, 2005, 183.

Pertanto, se è vero che il primo comma dell'art. 33 sancisce il divieto di penetrare il "limite tecnico scientifico" da parte di qualsivoglia potere pubblico⁸⁷, è pur vero che il potere pubblico non può essere illimitatamente condizionato dall'elaborazione tecnico-scientifica⁸⁸. In caso contrario, le Costituzioni e, più in generale, gli ordinamenti giuridici diverrebbero una mera infrastruttura di regole procedurali e organizzative atte a garantire i presupposti giuridici per il soddisfacimento delle necessità di cui è portatrice la tecnica⁸⁹, che costituisce la dimensione applicativa della produzione scientifica internazionale.

Tutto ciò, rappresenta un'aporia solo apparente rispetto al richiamato rilievo del dato tecnico-scientifico nella giurisprudenza costituzionale. Anche per la Consulta, infatti, quest'ultimo non determina (salvo talune, pure discusse, eccezioni) l'indefettibile primato delle scienze naturali su quelle sociali⁹⁰. Ove si concretizzasse questa meccanica prevalenza delle prime sulle seconde, del resto, si innescherebbe una messa in discussione

⁸⁷ Per una recente lettura di questo rapporto, v. L. DELCORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2022.

⁸⁸ Cfr. sul punto, G. FONTANA, *Co-regolazione e diritto alla salute. Diritto scienza medica alla prova delle linee guida sulla responsabilità medica*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2024, 173 ss.

⁸⁹ G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 258.

⁹⁰ V. le riflessioni di G. RAGONA, *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fasc. 3, 2015, 25 ss., la quale, richiamando le pronunce in tema di diagnosi embrionale pre-impianto, sigarette elettroniche e manutenzione degli autovelox (Cort. cost., sentt. nn. 83, 96 e 113 del 2015) già sottolineava come, pur non essendovi un pieno allineamento interpretativo della dottrina sul punto, per la Consulta fosse rilevabile l'esigenza di ricavare al legislatore un certo margine di discrezionalità nella valutazione e nella considerazione degli strumenti che la scienza gli offre", non potendosi trascurare "l'incertezza intrinseca del sapere scientifico contemporaneo". Quest'ultima, infatti, non dipende squisitamente dall'incremento delle situazioni di rischio o dall'imprevedibilità del progresso conoscitivo della comunità scientifica, bensì dalla sua inidoneità a definire autonomamente le migliori opzioni in campo giuridico, politico e sociale. Sul tema si v. inoltre, A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 69 ss, il quale evidenzia come, ove quest'autonomia dovesse venir meno, il perimetro delle libertà fondamentali, la cui costruzione si fonda sul vomere del principio personalista, rischierebbe di far dipendere la portata delle libertà dell'individuo dalla comunità scientifica, così compromettendo, oltre all'intima natura costituzionale della politica legislativa, il contenuto della categoria giuridica "persona umana", su cui si fonda l'identità costituzionale italiana ed eurounitaria.

della stessa sovranità popolare⁹¹, che, esercitata attraverso gli organi rappresentativi, costituisce uno dei capisaldi del costituzionalismo europeo⁹².

Analoghe critiche attengono al rapporto tra condizionalità tecnico-scientifica e potere giudiziario e, in particolare, alle ricadute della specifica configurazione di questo legame sull'esercizio del potere legislativo. È stato osservato come in taluni frangenti il dato tecnico-scientifico possa comprimere, in conseguenza della sua opacità, l'esercizio della funzione giudiziaria, incaricata di interpretare la norma facendo fronte a questa incertezza ermeneutica⁹³. Tale limite interpretativo appare in grado di determinare una erosione dell'identità costituzionale equiparabile a quella riguardante l'esercizio del potere legislativo. Quest'ultimo ha, dunque, il dovere di armonizzare il potenziale innovatorio della ricerca scientifica con il patrimonio di diritti e principi propri dell'identità culturale della comunità politica a cui appartiene (tenendo conto del processo di selezione dalla stessa operato in sede costituente)⁹⁴.

Il legislatore è, infatti, il soggetto istituzionale titolare dell'onere di rendere la legge di natura una "*lex civilis*". Ove venisse meno a questa sua responsabilità, essa si trasferirebbe in capo al potere giudiziario il quale, restando il solo attore pubblico deputato a operare il predetto bilanciamento, finirebbe con l'essere sovraccaricato di lavoro e poteri.

Vi sono poi, come si è detto, talune fattispecie che, secondo alcuni, necessitano di un «superamento delle forme giuridiche tradizionali di rego-

⁹¹ V. E. D'ORLANDO, *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessità*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4, 2021, 713 ss; A. RUGGERI, *Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in *Consulta online*, fasc. 1, 2020, 137 ss., spec. 144 ss.

⁹² Un tema, quello della sovranità popolare, che costituisce una delle questioni che da sempre sollecitano l'attenzione della dottrina. *Ex multis*, v. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana note preliminari*, in ID. *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1993, 91 ss. Inoltre, v. diffusamente L. CARLASSARE (a cura di) *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del convegno di studi (Padova, 19-21 giugno 2003)*, Padova, 2004. Più di recente A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹³ Quanto al rapporto tra evoluzione tecnico-scientifica e interpretazione giurisprudenziale v. G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2, 2024, 412 ss; S. PENASA, *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi*, in *Biolaw Journal*, n. 3, 2021, 177 ss.

⁹⁴ V. sul punto R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 565 ss.

lazione, quindi delle fonti del diritto»⁹⁵ per essere efficacemente “governate”. In questi casi, l’esigenza di esplorare strumenti nomopoietici in grado di normare fenomeni ad elevata caratterizzazione tecnico-scientifica, attraverso il superamento della c.d. «*hard law*» ispirata allo schema *command and control*, trae origine da una percezione di questa tipologia di disciplina come ultronea e inadatta alle esigenze del settore»⁹⁶.

Tuttavia, l’approccio *bottom up*, che sul piano teorico rappresenta la possibile soluzione adottabile dal decisore pubblico, sconta un certo grado di impraticabilità soprattutto in presenza di dato scientifico controverso, in concomitanza con il quale questa tipologia di interventi si dimostra particolarmente inefficace.

Al netto di quanto rappresentato, poi, se il diritto scegliesse di giuridicizzare meccanicamente tutto ciò che diritto non è, allora l’acquisizione tecnico-scientifica diverrebbe un «“nuovo sovrano”»⁹⁷ sul quale il giurista non avrebbe nulla da dire. Al contrario, il ruolo dei giuristi appare indispensabile, ancor più in questo periodo storico in cui gli Stati, e i popoli, si trovano a dover governare contestualmente molteplici transizioni⁹⁸.

Occorre pertanto comprendere quanto dell’elaborazione tecnico-scientifica possa effettivamente condizionare la produzione normativa, in che modo questo condizionamento debba realizzarsi e se (ed in che misura) il decisore pubblico possa sottrarsi ad un simile controllo.

Quanto al primo punto, avvertita dottrina ha evidenziato come tutte le scienze (sia naturali che sociali) nascano e si evolvano come scienze della vita. In questo esse si differenziano dalla tecnologia, che invece è manipolazione della vita attraverso la tecnica»⁹⁹. Ciò porta a ritenere che

⁹⁵ A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell’epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, v. 44, n. 3, oct. 2020, 3277 ss., spec. 3297. Inoltre, approfondimenti sul punto in A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell’era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 19 ss.

⁹⁶ G. MOBILIO, *L’intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2020, 404 ss.

⁹⁷ E. CASTORINA, *op. cit.*, 49.

⁹⁸ Ci si riferisce, in tal senso, alla transizione ecologica, digitale e, più in generale, a tutti quei fenomeni di profonda trasformazione ambientale, economica, politica e sociale che caratterizzano il momento storico in cui si scrive. V., sul punto, F. CAMISA, *Ambiente e tecnologia- l’interconnessione tra le transizioni gemelle*, in *Federalismi.it*, fasc. 14, 2024, 55 ss.

⁹⁹ M. CARDUCCI, *op. cit.*, 3.

proprio in quest'ultimo distinguo risieda la dilemmaticità dell'incontro tra scienze naturali e scienze giuridiche.

Quanto detto, tuttavia, non deve essere interpretato per giustificare l'esclusione del contributo della tecnica al funzionamento della "infrastruttura" politico-istituzionale. Al contrario, occorre garantire ad entrambe un ruolo nei processi giuridicamente sensibili, pur differenziato circa la loro capacità condizionante. In particolare, sarebbe utile riconoscere una vincolatività rafforzata in favore di quelle speculative, per via della loro imprescindibile capacità descrittiva della realtà, e di una vincolatività attenuata per le discipline tecnico-pratiche, che offrono un contributo utile ma non indispensabile ai fini di una fruttuosa interazione con la natura nel suo insieme. Le scienze speculative, infatti, sono in grado di descrivere i meccanismi che governano il mondo che l'essere umano abita ed in cui quest'ultimo costruisce le proprie comunità politiche, mentre la tecnica è in grado di suggerire come efficientare l'impiego delle risorse che il mondo antropizzato ha da offrire.

Con riferimento al secondo punto, invece, è necessario procedere con la redistribuzione dei fini e dei mezzi tra le "sfere scientifiche" coinvolte dalla decisione pubblica.

Quanto alle sue finalità, sono le scienze giuridiche a dover risultare egemoni, e specificatamente il diritto costituzionale¹⁰⁰. I secondi, invece, appaiono come propri delle scienze e delle arti, in quanto custodi della conoscenza delle regole su cui si fonda l'ordine naturale, sulla base del quale è possibile giungere al conseguimento delle finalità giuridicamente orientate.

Questa compenetrazione funzionalmente organizzata di sfere tanto diverse quanto potenzialmente complementari, grazie al contributo della comunità scientifica internazionale, potrebbe essere in grado di porre la

¹⁰⁰ È, infatti compito dei giuristi-costituzionalisti quello di «interpretare, spiegare e, prima di qualunque altra categoria di intellettuali, preservare i tratti istituzionali essenziali della civiltà in cui vivono, secondo i propri criteri tassonomici e in ossequio ai dettami del costituzionalismo moderno» (così V. TEOTONICO, *Brevi note sui rapporti tra (studiosi di) diritto e (studiosi di) economia*, in F. GABRIELE, C.P. GUARINI, G. LUCHENA, A.M. NICO, V. TEOTONICO, *Costituzione, diritti sociali, economia*, Bari, 2020, 143 ss., spec. 148). Con riferimento al ruolo rivestito dal "ceto dei giuristi", e segnatamente da quello dei costituzionalisti, v. M. LUCIANI, *Le salmerie della scienza giuridica*, in *Rivista AIC*, fasc. 2, 2015, 1 ss.; V. TEOTONICO, *La nuova dimensione giuridica dei processi economico-sociali. Brevi note su costituzionalismo(moderno), costituzione (del '48) e costituzionalisti (d'agi)*, in *Nomos*, fasc. 1, 2017, 1 ss.

conoscenza del reale al servizio dell'essere umano e delle sue istituzioni¹⁰¹. Un approccio già riconosciuto come utile dalla dottrina con riferimento ad altre contaminazioni scientifiche delle scienze giuridiche¹⁰². In particolare, ad essere meritevole di attenzione è il conflitto tra diritto ed economia¹⁰³, osservabile in modo evidente nell'antagonismo tra la legittima pretesa del cittadino di esercitare i propri diritti sociali e la perdurante "scarsità delle risorse"¹⁰⁴.

In questo senso, tanto le elaborazioni delle scienze economiche quanto il contributo della comunità scientifica internazionale, se opportunamente veicolati nei processi di costruzione della decisione politica, cessano di essere potenziali "contropoteri tecnocratici" per assumere il delicato compito di facilitatori operativi della "direzione" assunta dallo Stato comunità per il tramite dei rappresentanti del popolo sovrano.

7. *La condizionalità scientifica tra principio precauzionale e vocazione dignitarista*

Una simile concezione della riserva di scienza, però, lascia comunque aperto il problema della determinazione del grado di condizionamento della discrezionalità politica¹⁰⁵, nonché dell'eventuale stabilità di questo potere di indirizzo tecnico-scientifico. Se, infatti, è necessario guardare alle acquisizioni della comunità scientifica internazionale nella logica del doppio binario (forte se connesso alle discipline speculative e debole se

¹⁰¹ Cfr. E. CASTORINA, *op. cit.*, 20.

¹⁰² È stato infatti evidenziato come «l'apertura ai fatti e alla loro sistemazione effettuata da scienze altre non può che rappresentare un elemento necessario dell'impalcatura metodologica delle scienze pubblicistiche, la cui tenuta dipende anche – oltre che dalla propria coerenza interna – dalla capacità di adeguarsi al mutare delle caratteristiche dell'oggetto del suo intervento» (V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, 2018, 124).

¹⁰³ Circa l'ampiezza e la complessità di questo rapporto v., da ultimo, D. MARTIRE, C. PINELLI (a cura di), *Diritto costituzionale dell'economia*, Torino, 2025.

¹⁰⁴ Un tema, quello del rapporto tra effettività dei diritti e "salute" delle finanze pubbliche che negli ultimi anni ha ripetutamente sollecitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza costituzionale. V., sul punto, il recente contributo di C. FORTE, M. PIERONI, *Nuova governance europea, costituzione e ordinamento interno: spunti di riflessione*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2, 2025, 1 ss, spec. 16 ss.

¹⁰⁵ A. RUGGERI, *Note minime in tema di limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Forum di Quad. cost.*, fasc. 3, 2024.

riferito a quelle tecnico-pratiche) allora resta da capire in che misura il decisore pubblico possa acquisire il dato tecnico-scientifico in questione ed eventualmente decidere di scostarsene.

Occorre, poi, spendere alcune parole sull'elasticità di questo doppio binario. In particolare, è utile riflettere sui fattori di fluttuazione del discrimine che separa le "due rotaie", come sui meccanismi di responsabilizzazione del decisore pubblico in caso di "fuoriuscita dal tracciato". La chiave di volta di questi due profili potrebbe essere ricercata nel principio di precauzione¹⁰⁶, che gioca già al momento un ruolo di primo piano in presenza di contrasti tra la volontà politica e il prodotto della ricerca tecnico-scientifica. Infatti, ove non sia disponibile una valutazione completa del rischio derivante da una specifica condotta, gli ordinamenti afferenti allo spazio giuridico eurounitario si caratterizzano per l'attivazione di misure volte alla tutela del benessere dell'uomo e degli ecosistemi in cui quest'ultimo agisce, pur in assenza di inconfutabili tracce di pericolo¹⁰⁷.

All'ombra di questo principio, tuttavia, ve ne sono degli altri, in grado di orientarne l'applicazione in concreto. Tra questi spicca per importanza quello dignitarista¹⁰⁸, iconico dell'identità costituzionale eurounitaria e, più in generale, europea in senso lato.

L'applicazione sinergica di molteplici principi apre ad una triplice riflessione intorno alla dimensione operativa della riserva di scienza.

In prima battuta, è importante segnalare come la primazia delle regolarità scientifiche sulla discrezionalità politica è illegittima ogni qual volta essa appaia in grado di incidere negativamente sulla dignità della persona. Ove poi la valutazione del decisore pubblico, ignorando il dato tecnico-scientifico metta a repentaglio il medesimo "bene", allora sarà proprio la condizionalità scientifica, a sopraffare la discrezionalità del soggetto

¹⁰⁶ Per una lettura ad ampio spettro dei plurimi profili applicativi di questo principio v. M. RENNA, *Il principio di precauzione e la sua attuabilità*, in *Forum di Quad. cost.*, fasc. 2, 2023; E. BALLETTI, L. FOGLIA, *Le dimensioni giuridiche del principio di precauzione*, Napoli, 2023.

¹⁰⁷ V. al riguardo Corte di giustizia 10 aprile 2014 (causa C 269/13 P, Acino AG).

¹⁰⁸ Quanto al tema della tutela costituzionale della dignità dell'uomo v., tra i tanti, A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, 2, 2013; L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, Bologna, 2017; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2019, 1 ss; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2018, 392 ss.

decidente. Infine, la terza riflessione, che rappresenta la naturale sintesi delle prime due, attinge alla capacità armonizzativa del principio dignitarista. Infatti, se la dignità della persona rappresenta, al contempo, un limite invalicabile per la scienza come per la politica e, dunque, del diritto, allora essa appare come un comune ed indefettibile orizzonte applicativo tanto del diritto quanto delle scienze che concorrono a spiegare la realtà.

La riserva di scienza, attraverso il congiunturale allargamento e restringimento delle sue maglie operative da parte del principio di precauzione, può rappresentare, ad un tempo, un meccanismo di autoconservazione ideale e materiale dell'ordinamento giuridico.

Ne consegue che la condizionalità scientifica della decisione politica non appare necessariamente antitetica rispetto al primato dei diritti poiché, nel contributo della comunità scientifica internazionale, l'apporto conoscitivo specialistico concorre alla determinazione dei migliori strumenti per l'estensione (ad opera del decisore pubblico) dei margini di effettività delle libertà che il soggetto sovrano considera meritevoli di tutela.

Questo contributo specialistico, più che riferirsi alla generale accettazione di un qualche dogma tecnico-scientifico, deve essere inteso quale comune accettazione dei protocolli in uso da parte della comunità scientifica internazionale e diviene, quindi, parte di uno strumentario a disposizione degli attori impegnati nella produzione di nuovo diritto, ciascuno dei quali resta libero circa le finalità ma accomunato ai propri omologhi quanto ai presupposti e ai mezzi di concreta realizzazione della funzione nomopoietica.

Perché tale incontro tra scienze possa dirsi fruttuoso occorre che questi dati vengano acquisiti, compresi, analizzati e posti a sistema rispetto alle finalità dell'intervento pubblico in procinto di vedere la luce.

Occorre, pertanto, che il dato tecnico-scientifico cessi di essere una mera informazione per divenire concreta conoscenza, in grado di orientare, secondo coscienza, tanto il legislatore nella sua attività decidente quanto il rappresentato nella valutazione dei suoi rappresentanti.

Quando questo processo non si realizza, o si realizza solo parzialmente, matura un conflitto tra la democraticità della politica e la natura democratica della scienza.

8. *La riserva tra conflitti democratici, manipolazione informativa e deresponsabilizzazione politica*

Se la matrice democratica di una comunità politica organizzata¹⁰⁹ riposa sul consenso del rappresentato, raccolto dal rappresentante nel segreto dell'urna, la comunità scientifica può analogamente dirsi democratica sulla base del potere di chiunque di sconfessare un qualunque assunto ritenuto corretto attraverso l'applicazione del metodo scientifico.

Quando la decisione fondata sul consenso si scontra con un dato scientifico non ancora empiricamente falsificato, la norma giuridica dà luogo ad un cortocircuito tra il dover essere immaginato dalla politica e la realtà descritta dalla comunità scientifica.

Questo disallineamento spesso può essere ascrivibile ad una carenza informativa del decisore pubblico, il quale ignora in tutto o in parte le coordinate "materiali" del tema che intende regolare o alla diffidenza di una parte del corpo elettorale¹¹⁰ circa la qualità della stessa produzione scientifica sul tema oggetto di regolazione.

Nel primo caso, un intervento di trasmissione del sapere, anche successivo all'entrata in vigore della fonte del diritto, appare sufficiente, poiché il decisore pubblico sarà naturalmente propenso a "rettificare" la norma "*contra scientiā*".

¹⁰⁹ Circa il principio democratico, i profili evolutivi del suo contenuto costituzionale e le sue molteplici opzioni applicative, si rinvia a K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, (trad. it.) Roma, 1974; U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed in Europa*, Firenze, 2010; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2010; A. D'ATENA, E. LANZILLOTTA (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma, 1998. Più di recente, v. A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 2015, 194 ss.; G. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Effettività del principio democratico e democrazia deliberativa: il percorso di istituzionalizzazione di una sperimentazione locale*, in *Il politico*, fasc. 1, 2017, 78 ss.; N. LAURENTI COLLINO, *La webpolitica: la democraticità delle nuove forme di democrazia partecipativa*, in *Nomos*, fasc. 1, 2020, 1 ss.

¹¹⁰ Quanto al rapporto tra i processi di formazione dell'opinione pubblica e le dinamiche di legittimazione delle istituzioni, come del prodotto della loro attività nomopoietica, v. S. LIETO, *La reputazione delle istituzioni democratiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2024, 67 ss.; A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, numero spec. 1/2017, 1 ss. Inoltre, sia consentito il rinvio a M. RHAO, *Il binomio disinformazione-sicurezza nel presidio dell'opinione pubblica in ambienti v.r.-a.r. Alcune annotazioni sulla necessità di un costituzionalismo by design dei nascenti metaversi*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Processi politici e nuove tecnologie*, Torino, 2024, 290 ss.

Al contrario, nei casi in cui sia la diffidenza di una porzione dell'opinione pubblica a determinare un allontanamento del politico dalla scienza, il cortocircuito si dimostra ben più difficile da superare. Per quanto la comunità scientifica potrà rendere pubblici i protocolli su cui si fonda la validità del “dato contraddetto dalla norma”, infatti, non muterà probabilmente l'opinione di quelle porzioni di elettorato diffidente. Ciò cristallizzerà, a sua volta, il convincimento del decisore pubblico, il quale fonda solitamente la propria condotta sulla massimizzazione del consenso elettorale, al netto della coerenza o meno del prodotto della libertà di pensiero dei propri elettori con il patrimonio conoscitivo della comunità scientifica¹¹¹.

È indubbio che la libertà di pensiero rappresenti un caposaldo dell'identità costituzionale italiana, eurounitaria e, più in generale, della tradizione giuridica occidentale a partire dall'avvento della stagione liberale¹¹². Ciò nonostante, quando l'opinione si scontra con il metodo scientifico la libertà in questione, in prima battuta del singolo e poi del decisore pubblico, finisce con il trovarsi dinnanzi ad un trivio.

È possibile accettare l'informazione ritenendo la stessa il prodotto della corretta applicazione del metodo tecnico scientifico, confutarla ricorrendo ai protocolli posti alla base di quel metodo o riconoscere che, pur non potendola smentire sul piano tecnico-scientifico, l'informazione non è compatibile con la propria sensibilità politica, religiosa o semplicemente psicologica.

Nel primo caso, allora, l'opinione si uniformerà al dato tecnico-scientifico. Nel secondo essa si relazionerà in una posizione di costruttivo antagonismo dialettico. Quanto alla terza ipotesi, si pongono molteplici profili problematici. È indubbio che, salvo taluni limiti orientati alla con-

¹¹¹ Un tema che ha negli ultimi anni sollecitato l'interesse della dottrina, anche in ragione dei profili problematici connessi al ruolo del “consenso” nei processi di affermazione e consolidamento dei populismi. Si v. al riguardo E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli 2021; S. GIANELLO, P. ZICCHITTO, *Interpretazione costituzionale e populismo: una comparazione tra Italia e Ungheria*, in *DPCE online*, fasc 4/2020, pp. 4545 ss; Q. CAMERLENGO, *Ritratto costituzionale della legittimazione politica*, in *Rivista AIC*, fasc. 2/2016, pp. 1 ss.

¹¹² Quanto al tema, si rinvia ai preziosi contributi offerti nel quadro del XXXIV convegno annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Salerno 15-16 novembre 2024. Per le versioni provvisorie dei saggi, si rinvia al sito: <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/attivita/convegni-annuali-aic/2024-la-liberta-di-manifestazione-del-pensiero-salerno>.

servazione dell'ordine pubblico o dell'integrità del tessuto sociale, il singolo sia libero di discostarsi ideologicamente dalle elaborazioni scientifiche; al contrario, ben più giuridicamente controverso è un approccio di questo tipo quando adottato dal decisore pubblico.

Al di là del sentiero che, di volta in volta, il rappresentato o il rappresentante voglia intraprendere, ciò che si rende indispensabile è la chiarezza informativa, sulla base della quale si fonda il pieno esercizio di questa libertà.

Ai fini della costruzione di una opinione costituzionalmente garantita occorre, infatti, prestare attenzione a quei processi di manipolazione, consapevole o inconsapevole, di acquisizione ed elaborazione dell'informazione. In altre parole, per essere liberi di pensare occorre essere certamente liberi di informarsi ed occorre essere nelle condizioni di essere pienamente informati¹¹³.

Si pensi, in tal senso, a quanto i fenomeni consapevolmente o inconsapevolmente disinformativi¹¹⁴ (la cui proliferazione cresce con la progressiva transizione “*on life*”¹¹⁵) di cittadini, imprese ed istituzioni possono limitare questo processo. La *fake news*, come accade nell'organismo umano con i metalli pesanti, anche se irrilevante al momento della sua prima immissione, quando reiterata in modo sistematico ha una notevole capacità destabilizzatrice del tessuto sociale. Pertanto, il singolo cittadino o il singolo rappresentante, anche quando in buona fede, se disinformato

¹¹³ V., da ultimo, G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Pluralismo e libertà nell'era dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2024.

¹¹⁴ Tema complesso, che è tornato ad interessare la dottrina nel corso degli ultimi anni, anche in ragione dell'estrema capacità disseminativa dei nuovi mezzi di comunicazione. Per quanto riguarda la “disinformazione off-line” si v. F. CHIAROTTI, *Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964; P. BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in *foro italiano*, 1962, fasc. I, 855 ss, poi confluito in P. BARILE, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 467 ss. Circa i recenti sviluppi del tema, si rinvia a v. G.L. CONTI, *La costituzione al tempo della simbiosi uomo macchina*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3, 2024, 110 ss.; O. POLLICINO (a cura di), *Freedom of speech and the regulation of fake news*, Bruxelles, Intersentia, 2023; F. SAMMITO, G. SICHERA, *L'informazione (e la disinformazione) nell'epoca di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2021, pp 77 ss.

¹¹⁵ Con riferimento alla categoria “*onlife*”, quale superamento della dicotomia *online-offline*, si rinvia al contributo con il quale Luciano Floridi ha per primo offerto una definizione del fenomeno (L. FLORIDI, *The onlife manifesto: being human in a hyperconnected era*, Berlino, 2014).

è in grado di farsi promotore di questa “contaminazione informativa” dell’opinione pubblica.

Vi è stato chi ha evidenziato come questo condizionamento informativo sia capace, con un certo grado di facilità, di incidere sulla sovranità degli Stati¹¹⁶ e sul grado di ragionevolezza delle scelte assunte dai decisori pubblici. Questa facilità, tra l’altro, è da ascrivere ad alcune particolari caratteristiche materiali dei fenomeni interessati da scelte irragionevoli. Si pensi, ad esempio, alla “questione ambientale” e in particolare al dibattito politico (prima ancora che dottrinale) sviluppatosi intorno alla c.d. “giustizia climatica”¹¹⁷.

I processi di generalizzazione dei profili di responsabilità per gli effetti catastrofali dell’antropocene¹¹⁸, infatti, portano talvolta il rappresentante ad ignorare le sollecitazioni della scienza per conservare il consenso, anche quando condizionato dalle *fake news*, nella misura in cui se si è tutti potenzialmente responsabili del cambiamento climatico nessuno lo sarà in concreto, neppure su di un piano meramente politico.

Questa fuga dalla responsabilità, che si scontra con il sempre vivo dibattito intorno all’*accountability* della classe politica¹¹⁹, si rende ancora più agevole quando non siano previsti dall’ordinamento meccanismi in grado di evidenziare (in modo effettivo e durevole) la presa di distanza del rappresentante dalle posizioni della comunità scientifica. In questo modo, l’ordinamento resta aperto a interventi normativi che, pur essendo legit-

¹¹⁶ Sul punto, si rinvia al testo della Relazione tenuta GIAN LUCA CONTI, *Il condizionamento dell’opinione pubblica in campo politico ed economico*, tenuta nel corso del XXXIX Convegno annuale dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti *La libertà di manifestazione del pensiero* (Salerno 15-16 novembre 2024). In particolare, v. p. 19 del contributo reperibile al link https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegni/AnnualiAIC/2024_Salerno/Gian_Luca_Conti.pdf

¹¹⁷ V. L. DEL CORONA, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal administratif de Paris sull’“affaire du siècle”*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, fasc. 1, 2021, 327 ss.

¹¹⁸ A riguardo, A. D’ANDREA, *Antropocene e nuovi costituzionalismi ambientali: profili assiologico-giuridici*, in *DPCE online*, fasc. sp. 2, 2023, 361 ss.

¹¹⁹ Circa il tema della *accountability* della classe politica, v. il Quaderno del Seminario di studi e ricerche parlamentari “Silvano Tosi” P. CARETTI, M. MORISI, G. TARLI BARBIERI (A cura di), *Il divieto di mandato imperativo: un principio in discussione*, in *Osservatorio sulle fonti*, giugno 2019; P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in *Consulta online*, fasc. 2, 2021, 406 ss.

timi sul piano formale, possono dimostrarsi sterili se non nocivi per l'interesse generale¹²⁰, a causa della loro ineludibile dissociazione dalla realtà.

E la giurisprudenza (costituzionale e non) gioca in questi casi un ruolo cruciale perché, intervenendo nelle more di uno specifico caso concreto, mira a ripristinare, anche se parzialmente, i cortocircuiti del legislatore.

9. *Alcune riflessioni conclusive e una proposta: la parlamentarizzazione del conflitto*

Partendo da una delle possibili tipologie di disallineamento tra desiderata politici e presupposti tecnico-scientifici, costituito dall'intervento normativo parlamentare per eccellenza (la legge ordinaria dello Stato) occorre allora interrogarsi su quali possano essere i meccanismi di parlamentarizzazione di questo conflitto senza che da ciò derivi la politicizzazione della scienza o la depoliticizzazione della decisione pubblica.

Come si è detto, il presupposto per formulare delle riflessioni efficaci è garantire che questi dati vengano acquisiti, compresi, analizzati e posti a sistema rispetto alle finalità dell'intervento pubblico "scientificamente sensibile".

Spesso il legislatore risulta carente del bagaglio conoscitivo necessario all'adozione di un intervento di questo tipo. Pertanto, nel corso dell'*iter legis* si è soliti ricorrere a strumenti come le cc.dd. "audizioni in commissione"¹²¹. Tuttavia, questo strumento istruttorio, per quanto utile in una certa misura sul piano dell'acquisizione e della comprensione, resta piuttosto inefficace quanto alle altre due fasi del processo di assimilazione giuridica della conoscenza tecnico-scientifica. La specifica configurazione di questo strumento rischia, infatti, di diluire la natura specialistica e potenzialmente neutrale dell'elaborazione tecnico-scientifica a causa dei *bias* politici degli attori decidenti, nella fase di selezione degli specialisti da ascoltare come nella concreta "assimilazione giuridica" di quanto ascoltato.

Questi profili problematici si arricchiscono poi di complessità ogni qualvolta la riserva di scienza coinvolga ad un tempo distinte branche del sapere e, in particolare, quando da questa lettura sistematica emergano

¹²⁰ E. DENNINGER, *I pilastri di una cultura europea dello Stato di diritto*, in *Forum di Quad. cost.*, fasc. 3, 2002, 537 ss.

¹²¹ Sul tema, C. GATTI, *Tipologie e disciplina delle audizioni nelle Commissioni permanenti*, in *Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati*, Roma, Camera dei Deputati, 1998, 59 ss.

evidenze scientifiche contraddittorie. Si pensi, in tal senso, alle frizioni nel settore energetico tra il mondo della ricerca in campo nucleare e quello relativo alle cc.dd. energie rinnovabili o, ancora, al rapporto talvolta conflittuale tra le scienze economiche e gli studi di carattere ecologico. In presenza di simili fenomeni, è possibile assistere ad una metamorfosi epistemica delle regole tecnico-scientifiche in grado di condizionare l'attività del soggetto decidente. Quest'ultimo, infatti, dovendo bilanciare le "regolarità antagoniste" costruisce una nuova regola che, pur apparendo tecnico-scientifica nella forma, acquisisce sostanza politica, così perdendo la propria vincolatività di matrice empirica frutto di un riconoscimento giuridico della riserva di scienza. La regola così costruita e introiettata all'interno dell'ordinamento sottoforma di "legge tecnico-scientifica", tuttavia, risulta di difficile definizione, poiché «rientrano in questa categoria tutte quelle leggi che, nel realizzare una correlazione necessaria tra scienza, tecnica e diritto, presentano un contenuto che è il frutto della congiunta valutazione di elementi giuridici e tecnico-scientifici»¹²².

Da qui la necessità di metodi e strumenti in grado di "istituzionalizzare il conflitto" e non i contributi conoscitivi su cui esso si fonda, tanto più in un periodo, come quello attuale, in cui il legislatore è così profondamente impegnato nel governo delle già richiamate grandi transizioni del XXI Sec.¹²³.

Sul punto, due sono le vie che potrebbero essere intraprese. La prima ha un carattere conservativo ed i suoi effetti potrebbero mitigare (ma probabilmente non risolvere il problema di cui si discute), mentre la seconda può essere classificata come maggiormente radicale e fors'anche efficace.

La prima ipotesi attiene alla valorizzazione del dato tecnico-scientifico all'interno degli strumenti di analisi preventiva e successiva dell'impatto

¹²² A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnicocientifico*, cit., 3296.

¹²³ Ci si riferisce in tal senso a quella sostenibile ed alla sua omologa digitale.

della regolazione. Ci si riferisce, in tal senso, all’Air¹²⁴ e alla Vir¹²⁵. Tuttavia, non sono mancate critiche circa il mancato o erroneo utilizzo di questi strumenti¹²⁶, i quali godono ad oggi di un orizzonte applicativo piuttosto ristretto.

La seconda ipotesi, invece, prevede la predisposizione di un duplice intervento strutturale. Quanto al primo profilo di intervento, potrebbe essere utile introdurre nel quadro dell’*iter legis* un nuovo strumento che, sviluppato sulla falsa riga dell’analisi tecnico-normativa, verifichi la compatibilità dell’intervento normativo con le “regole tecnico-scientifiche” che definiscono il suo contesto di concreta applicazione. Si tratterebbe quindi di un’analisi, per l’appunto tecnico-scientifica in grado di mettere a fuoco la coerenza del nuovo contributo normativo con “l’ordinamento naturale”.

Per ovviare alle attuali carenze dimostrate sul piano soggettivo e oggettivo da altri strumenti, come l’Air, la Vir e le audizioni, la realizzazione di un contributo di questo tipo potrebbe essere affidato ad un organismo indipendente che, mutuando in una certa misura funzioni e poteri dall’ufficio parlamentare di bilancio¹²⁷, possa monitorare il rispetto della riserva di scienza da parte della proposta di legge nel quadro dei lavori della commissione competente per materia prima che il testo approdi alla discussione in aula.

¹²⁴ La qualità della regolazione ed i suoi strumenti di monitoraggio impegnano ormai da tempo la dottrina. Sul punto v. M. MARTELLI, *L’Air in chiave comparata*, in A. NATALINI, G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope – primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010, 1 ss.; D. SICLARI, *L’analisi di impatto della regolamentazione (Air) nel diritto pubblico: premesse introduttive*, in *Il foro italiano*, vol. 125, n. 2, 2002, 45 ss. Tuttavia, il tema appare ancora meritevole di attenzione alla luce delle sfide che il presente pone ai legislatori nazionali e a quello unionale. A riguardo v. S. TROZZI, *Gli strumenti nazionali per la qualità della regolazione e gli indicatori di politica della regolazione e governance (iREG). Il sindacato sulla “legge radicalmente oscura” (corte cost., sent. n. 110/2023)*, in *Federalismi.it*, fasc. 3, 2025, 341 ss.

¹²⁵ M. PIETRANGELO, *La verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR) tra stato e regioni*, in P. COSTANZO (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica governo-parlamento. Strumenti e tecniche della XVI legislatura*, Napoli, 2011, 93 ss.

¹²⁶ V. le riflessioni di G. MAZZANTINI, *Il ruolo della Corte costituzionale nell’incentivare la diffusione dei principi di better regulation nella regolazione concorrenziale dei mercati: la sentenza n. 56 del 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2, 2021, 516 ss, spec. 522 ss.

¹²⁷ Cfr. A. VERNATA, *L’ufficio parlamentare di bilancio. Il nuovo ausiliario alla prova del primo Mandato e della forma di governo*, Napoli, 2020.

Un organo di questo tipo, non solo potrebbe garantire la qualità dell'istruttoria tecnico-scientifica, ma grazie al proprio operato autonomo rispetto al destinatario dell'analisi, riuscirebbe forse ad evitare quelle spiacevoli dimenticanze o storture che, invece, affliggono gli altri strumenti di monitoraggio della qualità della regolazione. Questo scrutinio vedrebbe la luce nel quadro delle “infrastrutture operative parlamentari”, con ciò mantenendo il processo di confronto tra scienza, diritto e politica nel quadro dell'esercizio del potere legislativo. Inoltre, un'attenta selezione dei soggetti da assegnare a simili mansioni consentirebbe, a patto che venga garantita l'assenza di conflitti di interesse, il superamento di quella *impasse* data dall'assenza di competenze inferenziali che caratterizza il mondo della politica¹²⁸, come quello del diritto¹²⁹.

Tuttavia, appare necessaria una precisazione. Il fine ultimo di questo “ufficio parlamentare tecnico-scientifico” non dovrebbe essere quello di bilanciare gli interessi coinvolti dal provvedimento, ma quello di fissare le condizioni minime perché il suo contenuto sia coerente con la realtà scientificamente osservabile in cui dovrà essere applicata la nuova norma. Il bilanciamento degli interessi, che è proprio di qualunque sforzo nomopoietico e che ha carattere squisitamente politico, resterebbe in via esclusiva al legislatore. Ciò nonostante, si tratterebbe di un bilanciamento contraddistinto da una peculiare configurazione. Nella sua accezione ordinaria, questo processo valutativo tende alla realizzazione della complementarità funzionale di distinte dimensioni conoscitive, in nome della quale è possibile ridurre a valore zero una delle variabili in gioco. La complementarità che occorre invece ricercare nei casi interessati dalla riserva di scienza non può limitarsi a bilanciare, ma deve sforzarsi di armonizzare i piani del sapere.

Un simile intervento, garantendo la performatività di questo “vincolo modale”¹³⁰, potrebbe concorrere positivamente al presidio della sicurezza, oggettiva come soggettiva, dei diritti costituzionali che risultano sempre più condizionati dalle trasformazioni ecosistemiche e dal progresso tec-

¹²⁸ Quanto al tema della “competenza” della classe politica come necessità democratica nel quadro dell'*output legitimacy*, v. P. LOGROSCINO, M. SALERNO, *Il metodo democratico nei partiti e la centralità “in ombra” dell'output legitimacy*, in *DPCE online*, fasc. 1, 2021, 451 ss., spec. 460 ss.

¹²⁹ E. CASTORINA, *op.cit.*, 44.

¹³⁰ V., sul punto, A. D'ALOIA, *Voce Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Vol. I, Torino, 2012, 56.

nologico¹³¹. Inoltre, potrebbe erodere (anche se solo parzialmente) quella prevalenza del “provvisorio”, che «porta molto spesso le autorità investite di poteri decisionali a privilegiare gli interessi più immediati rispetto a quelli di lungo periodo»¹³², così pregiudicando valori «legati a tempi biologici»¹³³ che superino l’arco di una legislatura.

Ciò renderebbe la riserva di scienza uno dei fattori di efficientamento del “gioco democratico”, incidendo a seconda della materia, più o meno considerevolmente sull’azione del legislatore, il quale dovrebbe comunque restare libero di opporsi alle eventuali raccomandazioni dell’ufficio, purché lo scostamento dal dato tecnico-scientifico venga motivato e che queste motivazioni vengano rese pubbliche attraverso una loro cristallizzazione all’interno di una relazione integrativa della proposta di legge.

Quest’ultima, raccogliendo al suo interno le osservazioni “dell’ufficio tecnico-scientifico” come le posizioni assunte da ciascun membro della commissione precedente, metterebbe in luce la crasi tra scelta del legislatore e contributo specialistico, permettendo di rafforzare il grado di *accountability* del parlamentare. Un simile strumento, inoltre, solleciterebbe il dibattito in assemblea, promuovendo una maggiore effettività del principio pluralista attraverso una valorizzazione dinamica del paradigma democratico¹³⁴.

La democrazia politica (fondata sul consenso) e la democrazia scientifica (radicata sulla verificabilità empirica degli assunti) in questo modo potrebbero finalmente trovare, se non una occasione di concreta composizione, quantomeno un efficace canale di comunicazione in grado di mettere a fuoco con chiarezza le ragioni e le responsabilità delle parti in gioco.

La portata globale di molti dei fenomeni tecnicamente o scientificamente sensibili, poi, fa sì che il diritto necessiti di approcci nazionali sempre più armonizzati con l’orizzonte giuridico sovranazionale. L’istituzione di un organo indipendente come l’ufficio parlamentare tecnico-scientifico potrebbe rappresentare un utile promotore di questa “sintonia normativa”. Grazie al suo contributo conoscitivo tendenzialmente neutro sul piano politico, infatti, le scelte normative nazionali caratterizzate da effetti

¹³¹ A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnicoscintifico*, cit., 3298.

¹³² F. SALVIA, *Ambiente democrazia scienza e tecnica*, in *Diritto e Società*, 2001, fasc. 4, 2001, 462.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Cfr. F.R. DE MARTINO, *L’attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, fasc. 2, 2019.

transnazionali¹³⁵ potrebbero godere di una maggiore effettività sistemica¹³⁶.

Questa sintonia non pregiudicherebbe la sovranità popolare, di cui il legislatore è il principale custode, perché (come si è detto) resterebbe a quest'ultimo la facoltà di rifiutare i moniti delle scienze a patto che accetti di essere, con chiarezza, chiamato a rispondere del suo operato dinnanzi alle future generazioni¹³⁷ e all'opinione pubblica che costoro concorreranno a costruire.

Infine, ciò consentirebbe al “cittadino del presente” di conoscere in che modo i suoi rappresentanti hanno agito con riferimento a una specifica vicenda e in che modo il loro allineamento o disallineamento rispetto alla produzione scientifica ha avuto seguito nel breve periodo. Conoscenza che rappresenta un ulteriore passo in avanti verso la costruzione di una cittadinanza piena e consapevole¹³⁸, che è a sua volta il presupposto per un altrettanto pieno e consapevole esercizio del diritto di voto.

Tuttavia, al netto della divisibilità o meno delle suggestioni *de iure condendo* appena esposte, permane l'esigenza che l'esercizio della libertà di pensiero ed espressione, su cui si fonda il tribunale dell'opinione pubblica¹³⁹, venga presto o tardi immunizzato dai fenomeni infodemici attraverso un migliore governo delle *fake news*. Queste ultime, pur non potendo certamente essere del tutto rimosse dal pubblico dibattito) restano pur sempre un fenomeno sociale e, come ogni condotta umana,

¹³⁵ Si pensi in tal senso a interventi in tema di cambiamento climatico o di tutela degli equilibri ecosistemici.

¹³⁶ Cfr. A. IANNUZZI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti nazionali e internazionali. Il caso della ricerca in campo genetico*, in ID. (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli, 2015, 61 ss., 76.

¹³⁷ Per approfondimenti sul tema v. A. D'ALOIA, *Il diritto di fronte all'incertezza del futuro*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2023, 180 ss.; R. NEVOLA G. VERRENGIA, M. PRESTIPINO, *Il diritto delle nuove generazioni nel nuovo Art. 9 Cost., Corte costituzionale (servizio studi)*, *Stu 335-a* (ottobre 2023).

¹³⁸ Per approfondimenti circa il tema della cittadinanza consapevole, si rinvia a V. BALDINI, *La democrazia pluralista nei mutamenti dell'esperienza contemporanea*, in *Diritti fondamentali*, fasc. 2, 2024, spec. 3.

¹³⁹ Con riferimento al concetto di “tribunale dell'opinione pubblica”, v. P. RUDAN, *“L'arte di governare le menti”. Jeremy Bentham e il tribunale dell'opinione pubblica*, in *Storia del pensiero politico*, fasc. 3, 2017, 343 ss.

suscettibile di essere governata, attraverso gli strumenti della “formazione” prima ancora di quelli della repressione.

Qualora, però, l’opinione pubblica continuasse ad essere profondamente condizionata o condizionabile da questi fenomeni distorsivi dell’informazione, qualunque sforzo orientato all’armonizzazione del rapporto tra scienza e politica non potrà trovare concreta realizzazione, né utili strumenti giuridici in grado di realizzarlo o almeno favorirlo. In tale evenienza, il Caso 5G non sarà un utile banco di prova per la costruzione di ordinamenti giuridici resilienti, ma l’ennesimo caso di scissione tra la necessità conservativa del patrimonio costituzionale europeo (messo costantemente in discussione da un “mondo che cambia”) e il progresso tecnico-scientifico che, legittimamente affamato di conoscenza, talvolta rischia di cedere ad una *hubris* tecnologica.

Abstract

Il contributo muove dal dibattito innescatosi intorno ai rischi per l'uomo e per gli ecosistemi derivanti dall'implementazione su larga scala della tecnologia 5G, denunciati a partire dal 2018 da alcuni centri di ricerca europei e statunitensi. La *debacle*, oltre a essere suggestiva per via dei plurimi profili giuridici che è in grado di sollecitare, risulta particolarmente utile perché torna a mettere in luce l'antagonismo che tutt'ora si consuma tra la produzione di conoscenza, ad opera della comunità scientifica, e quella di nuovo diritto da parte degli organi rappresentativi. Nonostante le molte ragioni per una positiva lettura giuspubblicistica della riserva di scienza, infatti, ancora numerosi sono i nodi che restano da sciogliere entro i quali si consuma il conflitto tra democraticità della politica e natura democratica della produzione scientifica.

The reservation of science in the management of transitions

The reflections contained in this short article move from the debate triggered around the risks for humans and ecosystems deriving from the large-scale implementation of 5G technology, denounced since 2018 by some European and US research centers. The *debacle*, in addition to being suggestive because of the multiple legal profiles it is able to solicit, is particularly useful because it once again highlights the antagonism that is still consumed between the production of knowledge, by the scientific community, and that of new law by representative bodies. Despite the many reasons for a positive public law reading of the science reserve, in fact, there are still many knots that remain to be untied, within which the conflict between the democratic nature of politics and the democratic nature of scientific production is consumed.

Il paradosso degli strumenti di semplificazione amministrativa
tra “legalità” ed “efficacia” dell’attività della pubblica amministrazione
(a proposito di s.c.i.a., c.i.l.a. e p.a.s.)

di Lorenzo Diotallevi

SOMMARIO: 1. Gli strumenti di semplificazione amministrativa nel modello della c.d. amministrazione di risultato. – 2. Di alcuni nodi problematici in tema di s.c.i.a. ... – 2.1. ... c.i.l.a. ... – 2.2. ... e p.a.s. – 3. Il paradosso degli strumenti di semplificazione amministrativa: il principio di legalità “sostanziale”, e la “legge”, quale presidio indispensabile del legittimo affidamento del privato cittadino, e della certezza dei rapporti giuridici.

1. *Gli strumenti di semplificazione amministrativa nel modello della c.d. amministrazione di risultato*

È assolutamente pacifico come il tema della semplificazione amministrativa – e degli strumenti approntati dall’ordinamento giuridico per la sua realizzazione – si connetta all’affermazione del modello della c.d. amministrazione di risultato¹.

Un modello, quest’ultimo, il quale postula un sovvertimento dello schema tradizionale dei rapporti tra privato cittadino e pubblica amministrazione, che rinviene la propria fondamentale premessa teorico-dogmatica, nella diversa raffigurazione del potere amministrativo.

In particolare, tale potere non viene più inteso come manifestazione della posizione di “supremazia” detenuta dalla pubblica amministrazione nei confronti del privato cittadino, ma si atteggia, in una logica di carattere strumentale, come situazione giuridica soggettiva di cui la stessa pubblica amministrazione è titolare onde garantire alla collettività la prestazione di un “servizio”, e, con esso, il conseguimento di una determinata utilità di ordine materiale e/o giuridico².

¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, nn. 3-4/2000, 617 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000, 9 ss.

² Secondo S. CASSESE, *La riforma amministrativa all’inizio della quinta Costituzione dell’Italia unita*, in *Foro it.*, V, 1990, 250, in questa prospettiva, la pubblica amministrazione si pone “al servizio del cittadino e degli utenti *consumer oriented*, operante non solo nell’interesse pubblico ma nell’interesse del pubblico”. Di questo nuovo volto dell’azione

In questa prospettiva, a essere messo in discussione è, anzitutto, il principio di legalità, quale fondamento e limite dell'agire della pubblica amministrazione³.

Nella sua versione “sostanziale”⁴, propria degli ordinamenti liberal-democratici a costituzione rigida⁵, infatti, il principio di legalità si

amministrativa aveva ricostruito i tratti anche M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, V, 1983, 254, là dove aveva sottolineato che essa “non è più (prevalentemente) funzione (giuridica) di mantenimento e restaurazione della legalità in esecuzione e sviluppo della legge, ma è (prevalentemente) funzione di assistenza ed integrazione sociale, certo in esecuzione della legge, ma anche in *adempimento diretto di esigenze di giustizia che danno senso ultimo alla legge e ne colmano le lacune*” (corsivo dell'Autore).

³ In quest'ottica, cfr. F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, 3, per il quale, “(d)el principio di legalità si può parlare in due diverse, anche se convergenti, prospettive: come dovere del soggetto privato di osservare la legge e come limite per l'azione dei pubblici poteri”; in particolare, “negli ordinamenti liberali, la legge costituisce, per i privati, il limite *esterno* della loro autonomia, abilitata ad esplicarsi entro i confini da questa tracciati, secondo l'idea che tutto ciò che non è vietato è lecito (v. l'art. 5 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino del 1789), mentre, per le pubbliche autorità, la legge rappresenta il *titolo* ed il fondamento per l'esercizio dei loro poteri autoritativi” (corsivo dell'Autore).

⁴ Sul piano teorico, è ampiamente acquisito come il principio di legalità sia declinabile secondo tre diverse accezioni: *i*) in senso “debolissimo”, come mera “non contrarietà”, per cui il potere può essere esercitato tutte le volte in cui non vi sia un divieto espresso, e, quindi, anche nell'ipotesi in cui una legge manchi; *ii*) in senso “debole”, come “autorizzazione”, per cui il potere deve essere necessariamente attribuito dalla legge (legalità “formale”); *iii*) in senso “forte”, come “conformità”, per cui il potere non solo deve reggersi su una base legale, ma deve attenersi, altresì, alla disciplina formale e/o materiale contenuta nella legge stessa (legalità “sostanziale”). In proposito, cfr. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 114 ss.; ID., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, 2; R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 86; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 25.

⁵ Come evidenziato da L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, cit., 3, infatti, “(s)olo la legalità sostanziale apre la possibilità di adire la Corte adducendo come vizio autonomo della legge l'insufficiente determinazione dei poteri da essa conferiti, e quindi l'attribuzione di una discrezionalità incondizionata agli organi della pubblica amministrazione”. Su un piano più generale, la stessa Autrice mette in risalto come il principio di legalità sia soggetto a “variazioni di contenuto e valore (...) influenzate da particolari ragioni inerenti al modo di essere degli ordinamenti”: così, ID., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 121.

declina come “conformità” dell’attività della pubblica amministrazione ai parametri di natura formale e/o materiale identificati dalla legge⁶.

L’emersione del modello della c.d. amministrazione di risultato, invece, favorisce una “torsione finalistica” del principio di legalità, in forza della quale tale “conformità” viene calibrata non più sul contenuto tipico del provvedimento, per come fissato *in astratto* dalla legge, ma sull’idoneità del medesimo ad assicurare *in concreto* il soddisfacimento dell’interesse pubblico normativamente codificato⁸.

A livello – per così dire – ideologico, questa visione del principio di legalità rispecchia l’atteggiamento di sfiducia nutrito nei riguardi della legge, circa la capacità di quest’ultima di contenere la complessità degli ordinamenti liberal-democratici, e di fornire risposta alle molteplici domande di giustizia promananti dal corpo sociale, frammentato in una pluralità di centri di interesse – individuali e collettivi –, ciascuno dei quali portatore di istanze anche radicalmente confliggenti tra loro⁹.

Matura, così, la convinzione secondo la quale la *ratio* – al contempo,

⁶ In tal senso, cfr. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, cit., 154, per la quale, alla luce dell’art. 113 Cost., “il contenuto e il valore del principio di legalità (...) non può più esser inteso in senso puramente formale, come necessità della sola “base legale” ai poteri dell’amministrazione, soddisfatto pertanto dall’esistenza di una norma *meramente attributiva*, ma (...) per essere in armonia con la Costituzione, o meglio per non essere con questa in contrasto, richiede l’emanazione di leggi contenenti anche la disciplina sostanziale della materia attribuita all’esecutivo” (corsivo dell’Autrice).

⁷ Così, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, 102.

⁸ In questa prospettiva, secondo L. CIMELLARO, *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Dir. soc.*, n. 1/2016, 138, la legittimazione del potere si sposta “dalla norma alla sua idoneità a perseguire lo scopo pratico, che deve essere nel complesso tale da consentire la realizzazione del fine proprio del potere; fine che non può essere l’astratto interesse pubblico desumibile dalla norma e talora difficilmente definibile, bensì il giusto interesse effettivamente rispondente al bene della comunità”.

⁹ In tal senso, cfr. M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2013, 423.

garantista¹⁰ e democratica¹¹ – sottostante al principio di legalità possa trovare appagamento, più che mediante la puntuale definizione legislativa delle condizioni formali e/o materiali dell'agire della pubblica amministrazione, nella dinamica del procedimento amministrativo, in cui la predisposizione di adeguate garanzie partecipative permetterebbe di addivenire alla reale composizione e sintesi degli interessi coinvolti¹².

¹⁰ ... per cui la delimitazione legislativa dei confini formali e/o materiali dell'agire amministrativo è funzionale a consentirne il controllo giurisdizionale, in vista della tutela delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai singoli. In tal senso, cfr. L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, cit., 5; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/1995, 295; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, cit., 24; G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 16.

¹¹ ... per cui le scelte essenziali per la vita della comunità politica non possono che spettare al popolo, ovvero agli organi che ne rappresentano la volontà, attraverso l'atto tipico di questi ultimi, e cioè, la legge. In tal senso, cfr. L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, cit., 5; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., 261; G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 16.

¹² Ad avviso di M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 426, "(q)uesta nuova legalità "progettuale" si può quindi definire come il risultato, in termini di giusto temperamento di plurimi e discordanti interessi (pubblici e privati), della prudente e ragionevole tessitura, nel contesto dell'azione, della rete di *auctoritates* e *rationes*, seguendo una determinata procedura anch'essa connotata in termini di giustizia (il giusto procedimento e il giusto processo)". Già M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 261-262, aveva posto l'accento sul fatto che, con il passaggio da una "legalità sostanziale" a una "legalità procedimentale", non si tratta più di "controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dar vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto e originale assetto di interessi".

Come noto, uno dei campi di elezione del principio di legalità "procedurale" è costituito dal sindacato sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti, con riferimento ai quali, la giurisprudenza sostiene che se è vero che "il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività (...)", è altrettanto vero che "(n)el caso degli atti di regolazione adottati dalle Autorità amministrative di settore (...) la legge, tuttavia, normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività"; evenienza, questa, che "si giustifica, nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema"; in ogni caso, "la dequotazione del

Lo sviluppo della concezione “procedurale” del principio di legalità, in “funzione compensativa”¹³ rispetto alla crisi di quella “sostanziale”, riflette, a sua volta, l’elevazione dell’ “efficacia”¹⁴ – quale corollario del canone di buon andamento proclamato dall’art. 97, comma 2, Cost. – a criterio informatore dell’azione amministrativa, come sancito, sul piano del diritto positivo, dall’art. 1, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241¹⁵.

In questo quadro, dunque, il rapporto tra il principio di legalità “sostanziale” e quello di “efficacia” dell’attività della pubblica amministrazione viene ricostruito, alternativamente, in termini di tensione dialettica¹⁶, ovvero, di reciproca integrazione¹⁷.

tipico principio di legalità in senso sostanziale (...) impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale il quale si sostanzia, tra l’altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell’ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari”: così, Cons. St., sez. VI, sent. 20 marzo 2015, n. 1532. Nello stesso senso, cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, sent. 24 maggio 2016, n. 2182; Cons. St., sez. VI, sent. 4 febbraio 2020, n. 879; Cons. St., sez. VI, sent. 14 febbraio 2020, n. 7972. Sul ruolo del principio di legalità “procedurale” come fattore di legittimazione democratica delle Autorità amministrative indipendenti, cfr. M.A. CABIDDU, *La legittimazione delle autorità indipendenti fra procedimento e processo*, in *Banca borsa tit. cred.*, n. 3/2005, 262 ss.

¹³ Così, 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 *Nuove Aut.*, nn. 1-2/2024, 158.

¹⁴ Secondo M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2023, 127, “(l)a nozione di efficacia amministrativa esprime (...) il rapporto tra obiettivi prefissati e risultati raggiunti e quindi la capacità di un sistema di realizzare in concreto il programma politico-amministrativo predeterminato. Più specificamente, calata nella sfera del diritto pubblico, l’efficacia può dunque definirsi come la capacità di un potere pubblico di realizzare esattamente quei fini che ad esso l’ordinamento assegna”.

¹⁵ In tal senso, cfr. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, cit., 127.

¹⁶ In proposito, cfr. F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d’infallibilità dell’amministrazione*, in *Foro amm.* 1997, 3306, per il quale “legalità” ed “efficienza” “non possono formare oggetto di un baratto”, in quanto “la legalità costituisce l’unica vera garanzia dell’efficienza”, e “l’inefficienza è quasi sempre cagionata dalla violazione di una legge”; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell’era della globalizzazione*, Bari, 2002, 148, secondo il quale, il modello della c.d. amministrazione di risultato individua “il modo di essere di un’amministrazione caratterizzata dall’ansia di provvedere e qualificata solo dal fatto di provvedere, quasi a prescindere dalla bontà, dalla qualità e, soprattutto, dalla legittimità dei suoi atti e comportamenti”.

¹⁷ In tal senso, cfr. L. GIANI, *L’operazione amministrativa vella prospettiva del risultato: nel*

Comunque sia, per tornare al punto, è nella cornice rappresentata dal modello della c.d. amministrazione di risultato, assiologicamente orientata al perseguimento dell' "efficacia" dell'agire della pubblica amministrazione, che, come anticipato, si assiste alla proliferazione degli strumenti di semplificazione amministrativa.

Come a suo tempo segnalato dalla dottrina¹⁸, tale processo si dipana in tre diverse modalità:

- i) come "delegificazione", ovvero come sostituzione della fonte primaria con quella secondaria, in sede di disciplina sia dell'organizzazione che del procedimento amministrativo, siccome materie non coperte da riserva assoluta di legge;
- ii) come "liberalizzazione", ovvero come rimozione del regime autorizzatorio per l'accesso del privato cittadino a determinate attività economiche;
- iii) come "semplificazione procedimentale in senso stretto", ovvero come riduzione delle fasi procedurali e accelerazione dei processi decisionali.

Per quanto qui di precipuo interesse, viene in gioco la seconda diret-

procedimento e nel processo, in *Nuove Aut.*, n. 2/2012, 202, la quale prospetta "una dinamica circolare in cui la domanda sociale diviene l'incipit dell'azione e la sua soddisfazione, o meglio la creazione della matrice giuridica sulla quale essa (la soddisfazione) si poggia, l'elemento di chiusura del percorso. Un percorso nel quale, proprio in ragione del suo orientamento teleologico, vengono in rilievo tutti quei profili che direttamente o indirettamente incidono sul raggiungimento del risultato: dall'azione alla stessa organizzazione; dalla interpretazione delle norme, come guida dell'esercizio dell'attività discrezionale, rispetto alla quale rimane sempre saldo il vincolo della legittimità dell'azione amministrativa, alla organizzazione che deve essa stessa essere modellata in modo da garantire che "il risultato" si realizzi nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (efficienza, efficacia, economicità, ragionevolezza, ecc.)"; M.A. SANDULLI, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Napoli, 2020, 4849-4850, secondo la quale, "(q)uando (...) una norma di legge attribuisce ad un centro di competenza l'esercizio di un potere, ciò accade unicamente in vista della produzione di un effetto tipizzato nella stessa disposizione, ossia del conseguimento di un assetto degli interessi, un "risultato" che, proprio perché ontologicamente già considerato dalla norma, ne costituisce parte integrante, consustanziale, assurgendo in tal modo da generico bene della vita a bene giuridicamente qualificato, meritevole dunque di esercizio del potere amministrativo e passibile anche di eventuale tutela giudiziaria. Insomma, il risultato previsto è parametro di verifica della legittimità dell'esercizio dell'attività".

¹⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, cit., 617 ss.

trice – quella, cioè, della “liberalizzazione” –, in virtù della quale, per l’ap-punto, l’esercizio di una gamma sempre più vasta di attività economiche non è più ancorato all’adozione di provvedimenti di consenso preventivo, ma richiede, unicamente, l’emissione, a cura del privato cittadino, e sotto la sua responsabilità, di una dichiarazione in “funzione legittimante”, fatti salvi i poteri di controllo¹⁹ successivo rimessi alla pubblica amministrazione, in ordine alla conformità tecnico-giuridica dell’iniziativa²⁰.

¹⁹ Peraltro, con particolare riferimento alla natura del potere attribuito alla pubblica amministrazione dall’art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 131 ss., precisa che, dal punto di vista descrittivo, esso “è (...) riconducibile alla tradizionale funzione di controllo, intesa come verifica di regolarità di una funzione propria o aliena rispetto ad un parametro, a cui può seguire, in caso di rilevata difformità, un conseguente intervento mediante l’adozione di una misura giuridica necessaria a garantire la regolarità dell’atto o dell’attività”; tuttavia, a livello prescrittivo, “la funzione di controllo, intesa come controllo amministrativo, si configura come relazione tra figure soggettive pubbliche, organi dello stesso ente o tra diversi enti”, sicché, “nella diversa prospettiva dei rapporti tra poteri pubblici e situazioni giuridiche private, la figura del controllo perde tutta la sua specificità giuridica, trasformandosi piuttosto in una nozione generale, utile a raccogliere – a scopo classificatorio e secondo un criterio funzionale – diverse tipologie di intervento dei poteri pubblici sulle attività private”; in tal senso, dunque, “il controllo pubblico dell’attività privata svolto in via amministrativa si sostanzia nell’esercizio di funzioni di amministrazione attiva, marcando così la differenza con la predetta più specifica nozione di controlli amministrativi”.

²⁰ Secondo W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, cit., 37-38, il modello della “dichiarazione preventiva in funzione legittimante”, si caratterizza “per la necessaria presenza di tre elementi: a) la previsione di un obbligo di dichiarazione preventiva; b) la connessione di tale comunicazione con lo svolgimento lecito dell’attività; c) il conferimento all’amministrazione di poteri inibitori e ripristinatori diretti a incidere sullo svolgimento dell’attività, connessi alla presentazione della dichiarazione”.

Critica, nei confronti dello schema concepito dal legislatore, è M.A. SANDULLI, *Controlli sull’attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *federalismi.it*, n. 18/2019 – 2 ottobre 2019, 9, la quale osserva che, “(n)ei casi in cui l’ordinamento chiede all’operatore di autocertificare – e dunque autovalutare – tale conformità, l’attività resta, invero, sempre puntualmente “regolata” in funzione dell’interesse pubblico e la falsa “liberalizzazione” si sostanzia soltanto in un trasferimento di oneri e di responsabilità dall’amministrazione agli interessati, che, a dispetto del fortissimo carico fiscale, hanno progressivamente perso la possibilità (*recte*, il diritto) di chiedere e pretendere dagli uffici competenti – e appositamente formati e remunerati – l’accertamento preventivo della legittimità delle proprie scelte economiche e si trovano costretti a intraprendere “senza rete” le proprie attività (...)”.

L'origine di tale percorso di "liberalizzazione" va rintracciata, come noto, nell'introduzione, per mano dell'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, della "denuncia di inizio attività" (d.i.a.), poi denominata "dichiarazione di inizio attività"²¹, nonché, da ultimo, "segnalazione certificata di inizio attività" (s.c.i.a.)²², la quale, pertanto, costituisce il "paradigma"²³, alla luce del quale devono essere vagliati – pur nella consapevolezza delle peculiarità che connotano ogni singola fattispecie – gli ulteriori strumenti di semplificazione amministrativa via via congegnati dal legislatore, tra cui, nel campo dell'edilizia, la "comunicazione di inizio lavori asseverata" (c.i.l.a.)²⁴, e, in quello delle fonti di energia rinnovabile, la "procedura abilitativa semplificata" (p.a.s.)²⁵.

È altrettanto noto, poi, come l'applicazione di tali strumenti abbia restituito, e continui a restituire, aporie e contraddizioni, imputabili, in primo luogo, a un panorama normativo particolarmente complesso e stratificato, non sempre in grado di offrire al privato cittadino, alla pubblica amministrazione, e agli stessi giudici, un catalogo di regole stabili e definite.

In ogni caso, giova sin d'ora osservare come proprio quelle aporie e quelle contraddizioni finiscano per incidere, anzitutto, sul legittimo affidamento del privato cittadino, e, in definitiva, sulla certezza dei rapporti giuridici²⁶, alla cui implementazione aspirano – nell'ottica dell' "efficacia"

²¹ Cfr. l'art. 3, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, con l. 14 maggio 2005, n. 80.

²² Cfr. l'art. 49, comma 4-bis, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, con l. 30 luglio 2010, n. 122.

²³ Così, W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, cit., 39, per il quale, "(l)e dichiarazioni preventive in funzione legittimante sono riconducibili, almeno nei caratteri essenziali, al modello generale disciplinato dalla norma di cui all'art. 19, legge n. 241 del 1990 (...)".

²⁴ Cfr. l'art. 6-bis, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Su un piano generale, è bene ricordare come tale disposizione costruisca la c.i.l.a. come strumento di carattere residuale, trattandosi di una comunicazione che l'interessato deve inoltrare alla pubblica amministrazione, al fine di intraprendere quegli interventi edilizi che non siano ricompresi nell'elenco di cui agli artt. 6 (attività edilizia libera), 10 (attività edilizia soggetta a permesso di costruire) e 22 (attività edilizia soggetta a s.c.i.a.), del medesimo d.P.R. 8 giugno 2001, n. 380.

²⁵ Cfr. l'art. 6, d. lgs. 3 marzo 2011, n. 28, poi sostituito dall'art. 8, d. lgs. 25 novembre 2024, n. 190.

²⁶ A parere di M. IMMORDINO, *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra Amministrazione e cittadini*, Torino, 2003, 24 ss., la "certezza del diritto" si colloca in

dell'attività della pubblica amministrazione – gli strumenti di semplificazione amministrativa²⁷, arrivando, persino, a revocarne in dubbio l'idoneità al raggiungimento dello scopo²⁸.

2. *Di alcuni nodi problematici in tema di s.c.i.a. ...*

Per quel che concerne, in primo luogo, la s.c.i.a., non è questa la sede per ripercorrere analiticamente i vari interventi che hanno scandito l'evoluzione normativa di tale strumento²⁹.

Al riguardo, basti ricordare come gli interventi suddetti, pur contribuendo a precisarne ulteriormente i contorni, non siano riusciti a comporre in maniera definitiva alcuni nodi problematici di assoluta centralità, al cospetto dei quali, gli approdi ermeneutici cui è pervenuta la giurisprudenza, si sono mostrati sovente insoddisfacenti, alimentando, semmai, nuovi interrogativi.

ì) Ciò premesso, tra i principali temi tuttora sul tappeto, va menzionato, anzitutto, quello inerente alla tutela del terzo, la cui sfera giuridica soggettiva sia vulnerata dalla presentazione della s.c.i.a., e dall'intrapresa della corrispondente attività.

una “dimensione soggettiva”, garantendo “un’aspettativa dei singoli di prevedibilità e controllabilità delle conseguenze della propria azione da un lato e della prevedibilità e controllabilità delle decisioni giuridiche provenienti da qualche soggetto pubblico (legislatore, amministrazione, giudice) dall’altro”; per converso, “la certezza del diritto colta nella sua dimensione oggettiva si risolve in qualità del sistema giuridico”.

Di recente, anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 88 del 2025, ha ribadito che la tutela dell'affidamento è “ricaduta e declinazione «soggettiva»” della certezza del diritto, la quale, a propria volta, integra un “elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto”. Analogamente, cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 210 del 2021, 70 del 2024, 36 del 2025.

²⁷ Sul punto, cfr. M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in ID. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 368, la quale sottolinea che, “in termini antitetici, i problemi posti dalla d.i.a./s.c.i.a. concernono, dalla parte del segnalante, la garanzia dell'effettività del titolo, e, da quella dell'amministrazione e dei terzi controinteressati, la tutela contro l'improprio utilizzo dello strumento in assenza dei requisiti prescritti dalla normativa di riferimento”.

²⁸ In tal senso, cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti della legge 7 agosto 2015, 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a. silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, editoriale – 16 settembre 2015, 6.

²⁹ Sul punto, si rinvia all'ampia ricostruzione compiuta da M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, cit., 363 ss.

In proposito, come risaputo, la Corte costituzionale si è pronunciata, una prima volta, con la sentenza n. 45 del 2019, la quale – con un dispositivo interpretativo di rigetto – ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 19, comma 6-*ter*, l. 7 agosto 1990, n. 241, promossa dal T.a.r. per la Toscana, nella parte in cui non prevede esplicitamente un termine finale per la sollecitazione, ad opera del terzo, dei poteri di controllo attribuiti alla pubblica amministrazione.

Nel dettaglio, muovendo dall’assunto in base al quale tale sollecitazione è preordinata all’attivazione dei poteri di controllo – di natura conformativa, inibitoria e repressiva – che la pubblica amministrazione è chiamata a esercitare dall’art. 19, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della s.c.i.a. (ridotto a trenta dal successivo comma 6-*bis*, nel caso di segnalazione in ambito edilizio), ovvero, in via postuma (vale a dire, spirati i termini suddetti), in quello di dodici mesi stabilito dall’art. 21-*nonies* (cui rinvia il comma 4, del medesimo art. 19), la Corte costituzionale ha ritenuto che il controinteressato debba avvalersi della facoltà *ex art.* 19, comma 6-*ter*, negli stessi limiti temporali, dal momento che, “(d)ecorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell’amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all’esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l’interesse si estingue”³⁰.

Pur animata dal tentativo di ricondurre a “sistema” l’art. 19, comma 6-*ter*, l. 7 agosto 1990, n. 241, agganciando il termine finale per la sollecitazione del terzo a quelli imposti alla pubblica amministrazione, rispettivamente, dai commi 3 e 4, deve essere avvertito come tale sentenza individui un punto di caduta che, se da un lato, asseconda l’esigenza di stabilizzazione della situazione giuridica soggettiva del segnalante, dall’altro, restringe, fatalmente, i margini di tutela del controinteressato³¹.

³⁰ Punto n. 9, del *Considerato in diritto*.

³¹ Lo riconosce anche la Corte costituzionale, ad avviso della quale, “(q)uesta conclusione, che, oltre che piana, è necessitata, non può essere messa in discussione dal timore del rimettente che ne derivi un *vulnus* alla situazione giuridica soggettiva del terzo” (punto n. 10, del *Considerato in diritto*), aggiungendo che “(i)l problema indubbiamente esiste, ma trascende la norma impugnata” (punto n. 10.1, del *Considerato in diritto*). In dottrina, cfr. i rilievi di A. BRIAMONTE, *SCLA e tutela del terzo: la Corte costituzionale si pronuncia sul termine ex art. 19, comma 6-ter, l. n. 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2020, 125 ss.

Il profilo cruciale risiede, proprio ed esattamente, nella circostanza che il terzo versi nell'impossibilità di ricorrere alla facoltà di sollecitazione di cui all'art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241, allorché venga a conoscenza della presentazione della s.c.i.a., o dell'inizio dell'attività, solo dopo l'esaurimento dei termini concessi alla pubblica amministrazione, ai sensi dei commi 3 e 4.

Consapevole di questo, la Corte costituzionale, in primo luogo, ha dato conto, "in una prospettiva più ampia e sistemica", dell'esistenza di ulteriori tecniche di garanzia, nella disponibilità del terzo, e, segnatamente: dei poteri di verifica in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, per cui "non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge (...)"; dei poteri di vigilanza e repressivi di settore, assegnati alla pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, come, ad esempio, quelli in materia di edilizia, regolati dagli artt. 27 ss., d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ai quali rimanda anche l'art. 19, comma 6-bis; dell'azione di risarcimento del danno nei confronti della pubblica amministrazione, per il mancato esercizio del potere di verifica nel termine di cui all'art. 19, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, ipotesi in relazione alla quale, peraltro, l'art. 21, comma 2-ter, della medesima legge, fa espressamente salva la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, a fronte di una s.c.i.a. non conforme alle norme vigenti; parimenti, in sede civilistica, dell'azione di risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica³².

Secondariamente, la Corte costituzionale ha sottolineato, in ogni caso, "l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere"³³.

Indipendentemente dalla specifica questione scrutinata dalla Corte costituzionale, però, va evidenziato come, nell'economia dell'art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241, le motivazioni del *deficit* di tutela del terzo si annidino, in realtà, ancora più a monte.

Nella sentenza 29 luglio 2011, n. 15, infatti, l'Adunanza Plenaria

³² Punto n. 10.1, del *Considerato in diritto*.

³³ Punto n. 10.1, del *Considerato in diritto*.

del Consiglio di Stato, dopo aver risolto la diatriba circa la natura della (allora) d.i.a. – escludendone il rilievo provvedimentale, e qualificandola come atto soggettivamente e oggettivamente privato³⁴ –, aveva statuito come il mancato espletamento dei poteri di controllo affidati alla pubblica amministrazione, non si traducesse in un'ipotesi di “silenzio-rifiuto (o inadempimento)” – *i.e.*, di “silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale” –, in quanto esso “postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del procedimento amministrativo, mentre, nella specie, lo spirare del termine perentorio di legge implica la definitiva consumazione del potere in esame”³⁵; e come, viceversa, l'inerzia della pubblica amministrazione desse luogo a una forma di “silenzio significativo negativo”, il quale “produce l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge”³⁶.

Correlativamente, sul fronte delle tecniche di garanzia del terzo, per il caso di omesso esercizio dei poteri di controllo intitolati alla pubblica amministrazione, l'Adunanza Plenaria aveva negato la praticabilità dell'a-

³⁴ Nello specifico, secondo l'Adunanza Plenaria, “(i)l denunciante è, infatti, titolare di una posizione soggettiva originaria, che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge, sempre che ricorrano i presupposti normativi per l'esercizio dell'attività e purché la mancanza di tali presupposti non venga stigmatizzata dall'amministrazione con il potere di divieto da esercitare nel termine di legge, decorso il quale si consuma, in ragione dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, il potere vincolato di controllo con esito inibitorio e viene in rilievo il discrezionale potere di autotutela (punto n. 5.2); in definitiva, trattasi di “un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge” (punto n. 6).

³⁵ In altri termini, ad avviso dell'Adunanza Plenaria, “nel silenzio-inadempimento lo spirare del termine di legge non conclude il procedimento ma accentua il dovere della p.a. di porre fine all'illecito comportamentale permanente, al contrario di quanto accade nel caso di specie dove l'inerzia dell'amministrazione che si protragga oltre i confini di cui all'art. 19, comma 3, della legge n. 241/1990, conclude il procedimento estinguendo il potere amministrativo di divieto” (punto n. 6.1.1).

³⁶ Stando all'Adunanza Plenaria, quindi, “a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio di che trattasi, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio” (punto n. 6.2.1).

zione avverso il silenzio-rifiuto, ai sensi dell'art. 31 c.p.a.³⁷, privilegiando, invece, un assetto imperniato:

- sull'azione di annullamento dell'atto tacito di diniego del provvedimento inibitorio *ex art.* 29 c.p.a.³⁸;
- sulla contestuale domanda di condanna all'emanazione di quest'ultimo, ai sensi del combinato disposto dell'art. 30, comma 1, con l'art. 34, comma 1, lett. *o*), c.p.a.³⁹;
- nonché, qualora la lesione del terzo si fosse verificata anteriormente al decorso dei limiti temporali gravanti sulla pubblica amministrazione, sull'azione di accertamento della carenza dei presupposti di legge per l'avvio dell'attività, a norma dell'art. 34, comma 2, c.p.a., previa eventuale adozione di misure cautelari *ex artt.* 55 e 61 c.p.a., con conversione automatica in domanda di impugnazione del silenzio significativo, dinanzi alla mancata assunzione del provvedimento di divieto, nei termini di definizione del procedimento⁴⁰.

In accordo con la ricostruzione avallata dall'Adunanza Plenaria, nella sentenza 29 luglio 2011, n. 15, pertanto, “i terzi potevano ottenere, in ogni caso, quale che fosse l'atteggiamento mantenuto dall'amministrazione sulla scia, che in giudizio si accertasse la effettiva sussistenza dei «requisiti

³⁷ Per l'Adunanza Plenaria, infatti, “anche a voler ritenere che l'azione nei confronti del silenzio-rifiuto sia proponibile, in conformità all'ampio tenore letterale dell'art. 31, comma 1, del codice del processo amministrativo, con riguardo ad un potere ufficioso, nel caso in esame il decorso del tempo non configura una mera inerzia nell'esercizio di un potere ancora esistente – ossia una violazione del permanente obbligo di definizione della procedura, stigmatizzabile con un ricorso, proposto nel termine annuale di cui all'art. 31, comma 2, del codice del processo amministrativo, al fine di sollecitare una risposta esplicita dell'amministrazione ancora titolare del potere – ma produce un esito negativo della procedura, sotto il profilo della definitiva preclusione dell'esercizio del potere inibitorio”; pertanto, “(l)a protrazione del silenzio amministrativo dà luogo, quindi, ad un esito negativo del procedimento che produce la lesione dell'interesse pretensivo del terzo al conseguimento della misura inibitoria (con correlato consolidamento della legittimazione del denunciante a porre in essere l'attività), non tutelabile con il rimedio congegnato dal legislatore con riguardo al silenzio-inadempimento” (punto n. 6.1.1).

³⁸ Punto n. 6.3.

³⁹ Punti nn. 6.4, 6.4.1, 6.4.2.

⁴⁰ Punti nn. 6.5.2, 6.5.3.

e dei presupposti» di legge per l'esercizio dell'attività segnalata⁴¹; insomma, «(l)a tutela dei terzi, in tal modo, era (...) piena ed effettiva⁴²».

Nondimeno, nell'immediatezza della sentenza suddetta, il legislatore ha inserito, nell'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, proprio il comma 6-ter⁴³, il quale, ribaltando l'impostazione perorata dall'Adunanza Plenaria, ha esplicitamente smentito la portata provvedimentale della s.c.i.a.; e, specularmente, quanto all'ipotesi di mancato esercizio dei poteri di controllo della pubblica amministrazione, ha riconosciuto al terzo la sola legittimazione a proporre l'azione avverso il silenzio-rifiuto di cui all'art. 31 c.p.a.

La scelta legislativa condensata nell'art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241, influisce sensibilmente sul tasso di pienezza ed effettività della tutela del terzo.

Sul punto, è stato autorevolmente sostenuto che, se è vero che, ai sensi dell'art. 31, comma 1, c.p.a., l'azione avverso il silenzio-rifiuto può essere esercitata «(d)ecorsi i termini per la conclusione del procedimento»; e se è vero che, in base all'art. 19, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, l'inerzia della pubblica amministrazione comporta la consumazione dei poteri di controllo di quest'ultima; per quanto il terzo possa sollecitare la pubblica amministrazione stessa anche prima della scadenza del limite temporale prescritto dall'art. 19, comma 3, la successiva domanda di accertamento dell'obbligo di provvedere non potrebbe che tendere, unicamente, a propiziare l'adozione delle misure postume di cui al comma 4⁴⁴.

⁴¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, in *Giur. cost.*, n. 4/2020, 1749 ss.

⁴² Cfr. F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, cit., 1749 ss.

⁴³ Cfr. l'art. art. 6, comma 1, lett. c), d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, con l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁴⁴ Cfr. F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, cit., 1749 ss., per il quale, «(p)otrebbe non essere facile sostenere una simile tesi, in presenza della disposizione, secondo cui l'azione avverso il silenzio non significativo può esperirsi soltanto «decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo»; quindi, ad essere conseguenti, nel caso in esame, solo dopo decorsi i diciotto mesi di cui all'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento; e non prima che tale termine sia decorso»; tuttavia – prosegue l'Autore –, «ove si consideri che i poteri previsti dal comma 4 sono gli stessi attribuiti all'amministrazione dal comma 3, e ne viene solo modificato il modo di esercizio (incondizionato entro i termini di legge, condizionato dopo la scadenza di tali termini), la tesi può avere una solida base; dato che i poteri attribuiti all'amministrazione di intervenire sulla scia permangono, sia pure con diversa disciplina, oltre la scadenza dei termini (di cui ai commi 3 e 6-*bis*)».

Di qui, il rilievo ulteriore secondo il quale, poiché, contrariamente a quelli radicati nell'art. 19, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, i poteri di controllo contemplati dal comma 4, sebbene vincolati nell'*an*, mantengono ampi tratti di discrezionalità nel *quomodo*, condividendo i presupposti dell'annullamento in autotutela *ex art. 21-nonies*; l'azione avverso il silenzio-rifiuto potrebbe sfociare – a tutto concedere – nel mero accertamento dell'obbligo di provvedere, ai sensi dell'art. 31, comma 1, c.p.a., senza, però, nessuno spazio di predeterminazione del contenuto della decisione finale⁴⁵.

Proprio al tentativo di attenuare la compressione subita dalla tutela del terzo, allora, risponde la diversa tesi stando alla quale, sempre l'art. 31, comma 1, c.p.a., nell'ammettere l'azione avverso il silenzio-rifiuto, oltre che a fronte dell'inutile decorso dei termini di conclusione del procedimento, negli "altri casi previsti dalla legge", consentirebbe di instaurare il relativo giudizio anche prima della scadenza del limite temporale indicato dall'art. 19, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241; di talché, scongiurato l'effetto estintivo derivante, per l'appunto, da tale scadenza, sarebbe ben possibile ottenere una pronuncia di accertamento non solo, puramente e semplicemente, dell'obbligo di provvedere, in ordine ai poteri di controllo di cui all'art. 19, comma 4, ma anche sulla fondatezza della pretesa *ex art. 31, comma 3, c.p.a.*, relativamente a quelli scolpiti nel comma 3, del medesimo art. 19, attesa la natura vincolata di questi ultimi⁴⁶.

Benché attraverso un itinerario differente, giunge alle stesse conclusioni L. BERTONAZZI, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2019, 711 ss., nel momento in cui osserva che "la sinergia tra le tempistiche legali per la fissazione dell'udienza camerale di discussione del ricorso *contra silentium* (art. 87, comma 3, secondo periodo, c.p.a.) e la natura decadenziale del termine di cui all'art. 19, comma 3, cit. (o in materia edilizia di quello di cui all'art. 19, comma 6-bis, cit.) impediscono, *de iure condito*, che l'azione del terzo cada sull'omesso esercizio del potere inibitorio/repressivo 'puro' di cui all'art. 19, comma 3, cit."

⁴⁵ Cfr. F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, cit., 1749 ss., il quale rimarca che, "dato il carattere discrezionale e condizionato dei poteri di cui al comma 4, derivante dalla disciplina stabilita nell'art. 21-nonies (espressamente richiamata), la tutela del terzo avverso l'inerzia dell'amministrazione, in quanto limitata all'accertamento del dovere di provvedere (dovere che, ovviamente, sussiste anche senza l'accertamento giudiziale), si riduce a (quasi) nulla".

⁴⁶ È questa, in buona sostanza, la ricostruzione proposta da F. LIGUORI, *La "parentesi amministrativa" della s.c.i.a. e le tutele del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, n. 4/2019, 281 ss., il quale conclude che "(l)'effetto retroattivo della pronuncia di accertamento dell'inadempimento

È appena il caso di aggiungere come, dopo la sentenza n. 45 del 2019, le criticità inficianti, nel suo complesso, il sistema di tutela del terzo apprestato dall'art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241, siano state portate all'esame della Corte costituzionale, con la questione di legittimità costituzionale avanzata dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna, e decisa con la pronuncia n. 153 del 2020⁴⁷.

Malgrado l'esito processuale di inammissibilità per difetto di rilevanza, il tenore di tale questione permette di cogliere, in ogni caso, il nucleo

nello svolgimento della funzione di controllo è, dunque, in grado di far rivivere il potere solo se il terzo si è attivato entro il termine: unicamente in questo caso la pronuncia del giudice, ancorché intervenuta a termine scaduto, può avere effetti retroattivi laddove negli altri casi incontra il “*limite esterno*” costituito dalla irreversibile decadenza del potere per il decorso di termini perentori”; ad avviso dell'Autore, inoltre, questa lettura si coniugherebbe proprio con quella offerta dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 45 del 2019, là dove “non tralascia di richiedere al legislatore soluzioni per l'immediata conoscenza dell'attività segnalata e per “*impedire il decorso dei termini in presenza di una sollecitazione*”, presupponendo evidentemente che il sollecito debba prodursi prima della scadenza del termine. Mentre le iniziative successive alla scadenza del primo e del secondo termine possono mettere in moto unicamente i poteri residui *sine die* enumerati dalla Corte” (corsivo dell'Autore).

A questa impostazione, sembra aderire anche Cons. St., sez. VI, sent. 8 luglio 2021, n. 5208, secondo cui, proprio alla luce della pronuncia della Corte costituzionale n. 45 del 2019, “i poteri di controllo sulla SCIA, se attivati tempestivamente (entro i sessanta o trenta giorni dalla segnalazione), sono vincolati, con la conseguenza che l'interessato potrebbe chiedere anche l'accertamento della fondatezza nel merito della pretesa; se attivati invece dopo il decorso del termine ordinario (ed entro i successivi diciotto mesi), sono invece subordinati alla sussistenza delle ‘condizioni’ di cui all'art. 21-*nonies*, della legge n. 241 del 1990”.

⁴⁷ Come esposto dalla Corte costituzionale, al punto n. 1.6, del *Ritenuto in fatto* della sentenza n. 153 del 2020, il T.a.r. per l'Emilia-Romagna ha lamentato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241, “nella misura in cui impedisce ai terzi lesi da una SCIA edilizia illegittima di ottenere dal Giudice amministrativo una pronuncia di accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, con conseguente condanna o comunque effetto conformativo all'adozione dei corrispondenti provvedimenti, anche nel caso in cui sia decorso il termine concesso all'amministrazione per azionare il potere inibitorio di cui al comma 3 dell'art. 19” (l. 7 agosto 1990, n. 241, *n.d.r.*). Come rilevato da F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, cit., 1749 ss., “(i) problema esaminato dalla sentenza più recente, la n. 153 del 2020, riguarda (...) direttamente la forte compressione della tutela del terzo, conseguente alla introduzione del comma 6-ter, e alla qualificazione dell'inerzia dell'amministrazione che esso espressamente dispone, limitandola alla esperibilità della sola azione avverso l'inerzia dell'amministrazione (...)”.

autentico di “politica legislativa”, che si staglia sullo sfondo dell’art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241: ossia, che, se guardato nel prisma della tutela del terzo, l’intervento normativo auspicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 2019, non può essere confinato alla regolamentazione di puntuali aspetti procedurali⁴⁸, ma deve inevitabilmente risalire – come, d’altro canto, avvenuto, in occasione dell’approvazione del comma 6-ter, dell’art. 19 – alla stessa qualificazione della fattispecie, e, in particolare, dell’inerzia serbata dalla pubblica amministrazione rispetto ai poteri di controllo conferiti dall’art. 19, comma 3; qualificazione, che, lo si ripete, reagisce sull’individuazione delle tecniche di garanzia utilizzabili dal terzo, e, pertanto, sul grado di pienezza ed effettività della tutela di quest’ultimo⁴⁹.

ii) Un secondo versante degno di attenzione è quello afferente all’interpretazione della fattispecie eccettiva descritta dall’art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, a tenore del quale, il termine di dodici mesi, cui il precedente comma 1 subordina l’annullamento in autotutela “dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici”, non opera nel caso “di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione dell’atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte, costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato”.

Invero, si tratta di un tema di sicuro impatto sul regime della s.c.i.a., in quanto l’art. 19, comma 4, l. 7 agosto 1990, n. 241, abilita la pubblica amministrazione a emettere i provvedimenti di carattere conformativo, inibitorio e repressivo enucleati dal comma 3, anche dopo la scadenza del termine dilatorio decorrente dal ricevimento della segnalazione, proprio “in presenza delle condizioni previste dall’articolo 21-*nonies*”⁵⁰.

⁴⁸ ... quali, per l’appunto, quelli evocati dalla stessa Corte costituzionale nel monito rivolto al legislatore nella sentenza n. 45 del 2019. In quest’ottica, F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, cit., 1749 ss., mette in risalto che la questione definita da tale pronuncia, “attiene (...) a profili di ordine procedimentale, che (...) possono considerarsi marginali, se non pressoché privi di valore pratico”.

⁴⁹ In tal senso, M.A. SANDULLI, *Gli effetti della legge 7 agosto 2015, 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, cit., 12, invoca “un sollecito intervento legislativo sul punto, che, magari riprendendo il modello costruito dall’Adunanza plenaria, riveda il sistema di tutela del terzo (...)”.

⁵⁰ Resta fermo, in ogni caso, che “l’autotutela di cui al comma 4 dell’articolo 19 della legge n. 241/1990 si diversifica per così dire sul piano ontologico dal modello generale declinato dall’art. 21-*novies*, cui pure rinvia, innanzi tutto per il fatto che non incide su

Da questa angolazione, quindi, le perplessità suscitate dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, involgono la necessità, o meno – ai fini della deroga al limite temporale individuato dal comma 1, dello stesso art. 21-*nonies* –, dell'accertamento definitivo dell'illecito penale, oltre che nell'ipotesi di “dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci”, anche in quella di “false rappresentazioni della realtà”.

Nonostante l'invito rivolto dal Consiglio di Stato, nei pareri 15 marzo 2016, n. 839, e 21 luglio 2016, n. 1784⁵¹, a chiarire la portata di tale disposizione⁵², la neghittosità del legislatore ha aperto la strada all'elaborazione della giurisprudenza, che, enfatizzando il dato testuale racchiuso nella disgiunzione “o”, ha circoscritto la pregiudizialità penale alle prime, esclu-

un precedente provvedimento amministrativo, connotandosi pertanto per conseguire ad un procedimento di primo e non di secondo grado, tanto da indurre la dottrina a rivederne finanche la qualificazione definitiva”; inoltre, “mentre di regola il potere di autotutela è ampiamente discrezionale nell'apprezzamento dell'interesse pubblico che può imporne l'esercizio e pertanto non coercibile, al punto che la p.a. non ha neanche l'obbligo di rispondere a eventuali istanze con cui il privato ne solleciti l'esercizio, nel caso di cui all'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, si ritiene che l'Amministrazione abbia l'obbligo di rispondere, sicché la discrezionalità risulta piuttosto relegata alla verifica in concreto della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'articolo 21-*novies*”, militando, in questa direzione, “sia l'argomento letterale □ segnatamente, la differente formulazione dell'art. 21-*novies* rispetto all'art. 19, comma 4, della legge n. 241 del 1990, il quale ultimo, a differenza del primo, dispone che l'amministrazione “adotta comunque” (e non già semplicemente “può adottare”) i provvedimenti repressivi e conformativi (sempre che ricorrano le ‘condizioni’ per l'autotutela) □, sia la lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo”; la stessa giurisprudenza, peraltro, ha ribadito che, “accanto all'obbligo di attivazione, chiaramente desumibile dal dato testuale della norma, si colloca anche un assai più pregnante obbligo di pronuncia, di talché l'Amministrazione è chiamata a motivare non soltanto la scelta di procedere all'annullamento, nell'accezione chiarita con riferimento ai procedimenti dichiarativi, ma anche quella opposta, di non annullare, seppure in presenza di presupposti di illegittimità dell'atto, utilizzando in senso speculare i parametri individuati dal legislatore (...)”: così, *ex plurimis*, Cons. St., sez. II, sent. 7 marzo 2023, n. 2371.

⁵¹ ... aventi ad oggetto, rispettivamente, gli schemi di decreti legislativi attuativi della delega contenuta nella l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Legge Madia), poi sfociati nell'adozione del d. lgs. 30 giugno 2016, n. 126 (c.d. s.c.i.a.-1) e del d. lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. s.c.i.a.-2).

⁵² Cfr. Cons. St., parere 15 marzo 2016, n. 839, punto n. 8.3; Cons. St., parere 21 luglio 2016, n. 1784, punto n. 1.3.1.

dandola, invece, per le seconde, soggette, dunque, all'autonomo potere valutativo della pubblica amministrazione⁵³.

Detto altrimenti, l'indeterminatezza palesata dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, nella definizione del perimetro della pregiudizialità penale, ha condotto la giurisprudenza a prefigurare un "doppio binario", quanto alla latitudine della deroga al limite temporale *ex* comma 1, con ricadute di non poco momento proprio sul legittimo affidamento del privato cittadino, e sulla certezza dei rapporti giuridici, nella misura in cui, a differenza dell'ipotesi di "dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci" – astretta al vincolo della pregiudizialità penale –, in quella di "false rappresentazioni della realtà", la pubblica amministrazione si trova, di fatto, a essere investita di un potere di rivisitazione *sine die* della meritevolezza degli interessi facenti capo al privato cittadino stesso⁵⁴.

iii) Per un altro aspetto, non possono essere nemmeno ignorate le difficoltà di coordinamento tra l'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, nel combinato disposto con l'art. 19, comma 4, e altre previsioni contenute nel medesimo testo normativo.

iii) In primo luogo, va esaminato il rapporto tra l'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, nel combinato disposto con l'art. 19, comma 4, e l'art. 21, comma 1.

In base a tale ultima previsione, infatti, "(i)n caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge (...)"

Nello specifico, sempre nei pareri 15 marzo 2016, n. 839, e 21 luglio

⁵³ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, sent. 27 giugno 2018, n. 3940; Cons. St., sez. IV, sent. 18 luglio 2018, n. 4374; Cons. St., sez. sez. IV, sent. 8 novembre 2018, n. 6308; Cons. St., sez. VI, sent. 13 gennaio 2020, n. 3232; Cons. St., sez. VII, sent. 29 dicembre 2022, n. 11619; Cons. St., sez. IV, sent. 30 giugno 2023, n. 5387; Cons. St., sez. VI, sent. 27 febbraio 2024, n. 1926; Cons. St., sez. V, sent. 14 agosto 2024, n. 7134; Cons. St., sez. IV, sent. 7 maggio 2025, n. 3876.

Peraltro, tale orientamento è messo in discussione, ancorché nella forma dell'*obiter dictum*, da Cons. St., sez. II, sent. 19 gennaio 2023, n. 651, ove si legge che "la questione meriterebbe ulteriori approfondimenti, in quanto potrebbe sembrare non convincente che il privato, che per errore fornisce una falsa rappresentazione dei fatti, sia maggiormente esposto agli effetti dell'autotutela rispetto a chi dolosamente ha allegato false dichiarazioni sostitutive di certificazione o atti di notorietà ideologicamente falsi che può sempre contare sull'assenza di un'indagine penale o sulla prescrizione del reato".

⁵⁴ Il punto è messo in evidenza da M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 568.

2016, n. 1784, il Consiglio di Stato aveva richiamato il legislatore a puntualizzare se il limite temporale cristallizzato nell'art. 21-*nonies*, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, valesse anche per l'art. 21, comma 1, ovvero, se quest'ultimo si risolvesse, per l'ipotesi "di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni", in un'ulteriore deroga al limite suddetto, rispetto a quella già stabilita dal comma 2-*bis*; per il Consiglio di Stato, infatti, in questa seconda eventualità, "dovrebbero (...) essere specificati quali siano i poteri ulteriori esercitabili *ex art.* 21, comma 1, rispetto a quelli di intervento *ex post* alle condizioni dell'art. 21-*nonies*, posto che entrambe le norme sembrano riferirsi, nel caso di SCIA, all'accertamento della mancanza o della 'falsità' dei requisiti, su cui fondare i più volte richiamati poteri inibitori, repressivi o conformativi"⁵⁵.

Tenuto conto dei rilievi sollevati dal Consiglio di Stato, e nella perdurante inattività del legislatore, è stato affermato come la soluzione preferibile, anche perché maggiormente rispondente al principio di legalità "sostanziale" – implicitamente evocato dallo stesso Consiglio di Stato –, sia quella di inscrivere l'art. 21, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, nell'alveo dei poteri di controllo assegnati alla pubblica amministrazione dall'art. 19, comma 3; da questo punto di vista, pertanto, l'art. 21, comma 1, avrebbe la funzione di precludere qualsiasi possibilità di "conformazione", nel termine fissato dal medesimo comma 3 – e, *a fortiori*, in via postuma, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, nel combinato disposto con l'art. 19, comma 4 –, là dove la segnalazione sia inoltrata sulla scorta "di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni"⁵⁶.

iii₂) Un ulteriore difetto di coordinamento, poi, si ravvisa tra l'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, nel combinato disposto con l'art. 19, comma 4, e l'art. 2, comma 8-*bis*.

Allo scopo di incentivare il rispetto dei termini procedurali, infatti, tale ultima previsione commina la sanzione dell' "inefficacia", in ordine, tra l'altro, a "i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di

⁵⁵ Cons. St., parere 15 marzo 2016, n. 839, punto n. 8.3; Cons. St., parere 21 luglio 2016, n. 1784, punto n. 1.3.1.

⁵⁶ Cfr. M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, cit., 379, secondo la quale è opportuno "circoscrivere la portata dell'art. 21, comma 1, alla verifica ordinaria che l'amministrazione deve compiere nei primi sessanta (o per l'edilizia trenta) giorni"; cosicché, la disposizione "non può avere altro significato se non quello di ribadire che la conformazione non è mai possibile – e la norma risulta speciale e applicabile senza limiti di tempo – nei soli casi di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni (...)".

rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-*bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti (...)"

Il che, a ben guardare, delinea un'antinomia tra l'art. 2, comma 8-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, dal quale discende, per l'appunto, l'inefficacia del provvedimento inibitorio tardivo, e l'art. 21-*nonies*, nel combinato disposto con l'art. 19, comma 4, che, al contrario, lo legittima in presenza dei requisiti dell'annullamento in autotutela⁵⁷.

Né, d'altra parte, può essere reputata risolutiva la clausola di salvezza inserita nell'art. 2, comma 8-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241 – a mente della quale, resta fermo “quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti” –, la cui vaghezza, anzi, ha indotto la dottrina a predicare una radicale alternativa tra l'espunzione dell'art. 19, comma 4, e una modifica legislativa volta a meglio precisare il contenuto precettivo della clausola medesima⁵⁸.

2.1. ... *c.i.l.a.* ...

Le riflessioni svolte in merito alla s.c.i.a. consentono, inoltre, di affrontare alcuni nodi problematici posti dalla disciplina dettata in relazione alla c.i.l.a.

Nel parere 21 luglio 2016, n. 1784, il Consiglio di Stato ha messo in risalto la “complementarietà” della c.i.l.a. rispetto alla s.c.i.a., “poiché entrambi si inquadrano nel processo di liberalizzazione delle attività private”⁵⁹.

Pur tuttavia, dinanzi a tale “complementarietà”, la giurisprudenza non è esente da oscillazioni, nella modulazione del rapporto tra i due strumenti.

Il terreno in cui si manifesta tale ambivalenza è, anzitutto, quello dei poteri riconosciuti alla pubblica amministrazione, per il caso di c.i.l.a.

⁵⁷ Come segnalato anche nel *Dossier* a cura del Servizio Studi del Senato della Repubblica del 21 luglio 2020, p. 170 (disponibile al link: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1161417.pdf>).

⁵⁸ Cfr. M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, 179, secondo il quale, “(d)elle due l'una: o si prevede la sanzione dell'inefficacia per cui si cancella il comma 4 oppure si chiariscono esattamente i termini di quel generico “fermo restando” il potere di autotutela di cui non è chiara la portata normativa”.

⁵⁹ Punto n. 5.5.1.

mancante, incompleta o irregolare, ovvero, di lavori compiuti in difformità, ma pur sempre eseguibili mediante tale strumento.

La domanda, in particolare, è se la pubblica amministrazione sia intestataria dei soli poteri sanzionatori – di carattere pecuniario – concepiti dall'art. 6-*bis*, comma 5, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ovvero, anche dei poteri di tipo conformativo, inibitorio e repressivo, che l'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, elenca in materia di s.c.i.a.⁶⁰; questione, la quale, a sua volta, intercetta quella della tutela del terzo, non fosse altro perché – come è stato notato –, se quest'ultima “è mediata dalla tipologia di poteri pubblici spettanti ed esercitabili dalla P.A., giocoforza, al variare dell'incisività (di tali poteri), anche gli strumenti a disposizione del terzo per far valere le proprie ragioni sub(i)sco)no distinte modulazioni e, a raffronto con la s.c.i.a., ne risult(an)o attenuati ovvero potenziati a seconda della prospettiva di riferimento”⁶¹.

Diverso, sia detto per inciso, è il caso in cui la c.i.l.a. sia impiegata al di fuori dello schema legale, ossia, per realizzare opere che richiedano il permesso di costruire, o la stessa s.c.i.a., o, comunque, in violazione della normativa urbanistico-edilizia.

Quanto a tale ipotesi, infatti, il Consiglio di Stato, nel parere 21 luglio 2016, n. 1784, ha rimarcato come la pubblica amministrazione disponga, in linea con il regime tratteggiato dagli artt. 27 ss., d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, degli ordinari poteri di vigilanza contro gli abusi, “come peraltro implicitamente previsto” dall'art. 6-*bis*, comma 1, del medesimo decreto, stando al quale, sono “fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbani-

⁶⁰ Come rilevato da D. DIACO, *L'edilizia “semi-libera”: prospettive per un inquadramento sistematico (a margine di T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 7 dicembre 2023 n. 1602)*, in *Riv. giur. edil.*, n. 4/2024, 327 ss., rispetto a queste ipotesi, “la questione che s'innescia è se l'assenza della previsione, in caso di c.i.l.a., di un potere di controllo (inibitorio) amministrativo costituisca una mera lacuna del legislatore (colmabile, magari, mediante applicazione analogica delle regole previste per la s.c.i.a.) o sia espressione della chiara intenzione di quest'ultimo di diversificare sul punto i regimi dei due titoli abilitativi in questione (*ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*)”.

⁶¹ Così, E. EBE, L. BONSIGNORI, *C.i.l.a. e tutela del terzo*, in *Urb. e app.*, n. 4/2021, 471. In giurisprudenza, nel senso che il terzo possa sollecitare, unicamente, i poteri repressivi ex art. 27, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, cfr. T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. VII, sent. 13 settembre 2018, n. 5486; nel senso, invece, che tale facoltà vada riportata all'art. 19, comma 6-*ter*, l. 7 agosto 1990, n. 241, cfr. T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, sent. 16 luglio 2018, n. 1497; Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3275; Cons. St., sez. II, sent. 24 aprile 2023, n. 4110.

stici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia"⁶².

Ad ogni modo, tornando al primo gruppo di fattispecie – quello, lo si ribadisce, di c.i.l.a. mancante, incompleta o irregolare, ovvero, di lavori compiuti in difformità, ma pur sempre eseguibili mediante tale strumento –, va registrato, anzitutto, l'orientamento alla stregua del quale la giurisprudenza limita il novero dei poteri vantati dalla pubblica amministrazione a quelli sanzionatori *ex art. 6-bis*, comma 5, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380⁶³.

Pur ammettendo che “la non perfetta tecnica di redazione della legislazione lascia evidentemente spazio ad entrambe le opzioni ermeneutiche”, la giurisprudenza accede a tale soluzione, valorizzando i seguenti argomenti:

- “(i)n primo luogo, occorre riconnettere un significato alla scelta legislativa, nel 2016, di creare un nuovo regime di interventi edilizi, accanto a quelli – già noti – dell'attività edilizia libera, dell'attività soggetta SCIA, dell'attività realizzabile con SCIA in sostituzione del permesso di costruire e delle opere edili soggette a permesso di costruire”, sicché, “(l)'assimilazione, quanto ai poteri esercitabili dall'amministrazione, della CILA alla SCIA scolorirebbe eccessivamente le diversità tra i due regimi, finendo per privare di sostanziale significato l'intervento legislativo”;
- “(i)n secondo luogo, la CILA contempla la presenza di un'asseverazione da parte di un tecnico abilitato (...)”, la quale “non è richiesta, invece, in caso di SCIA”, e “(i)l maggiore onere posto in capo al

⁶² Punto n. 5.5.2.

⁶³ È opportuno rammentare come, in questo senso, si fosse già pronunciato il Consiglio di Stato, nel parere 21 luglio 2016, n. 1784, sottolineando come la diversa portata dei poteri di controllo attribuiti alla pubblica amministrazione nel caso di s.c.i.a. e di c.i.l.a. si spiegasse “alla stregua dei principi di proporzionalità e di adeguatezza, tenuto conto che nella materia edilizia il legislatore ha costruito un sistema speciale, in cui il controllo dei poteri pubblici è meno invasivo qualora le attività private non determinino un significativo impatto sul territorio, secondo un modello che potrebbe essere chiamato di ‘semplificazione progressiva’”; in sostanza, “l'attività assoggettata a CILA non solo è libera, come nei casi di SCIA, ma, a differenza di quest'ultima, non è sottoposta a un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, ma deve essere ‘soltanto’ conosciuta dall'amministrazione, affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio” (punto n. 5.5.2).

privato nel contesto della CILA deve trovare una giustificazione (...) proprio nel venir meno – in capo all’amministrazione – del potere/dovere sistematico di controllo delle comunicazioni, ferma restando la possibilità di interventi repressivi in caso di uso abusivo dell’istituto”⁶⁴; con la conseguenza, inoltre, che “(e)ventuali pronunciamenti anticipati dell’ente in ordine alla ammissibilità degli interventi comunicati con CILA non hanno, quindi, carattere provvedimento ma meramente informativo, non rispondendo gli stessi ad un potere legislativamente tipizzato”⁶⁵.

La giurisprudenza, però, si attesta anche su un altro filone, favorevole a estendere i poteri di controllo, che l’art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, attribuisce alla pubblica amministrazione in tema di s.c.i.a., alle ipotesi di c.i.l.a.

Ad avviso di tale giurisprudenza, infatti, ancorché l’art. 6-*bis*, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, non contempra, in capo alla pubblica amministrazione, poteri di controllo di portata generale sulla conformità tecnico-giuridica della c.i.l.a., limitandosi a introdurre una sanzione pecuniaria:

- tuttavia, “deve rilevarsi che proprio la mancata previsione di sistematicità dei controlli rischia di tradursi in un sostanziale pregiudizio per il privato, che non vedrebbe mai stabilizzarsi la legittimità del proprio progetto, di talché la presentazione della CILA, considerata anche la modesta entità della sanzione per la sua omissione, avrebbe in sostanza l’unico effetto di attirare l’attenzione dell’amministrazione sull’intervento, esponendolo *ad libitum*, in caso di errore sul contesto tecnico-normativo di riferimento, alle più gravi sanzioni per l’attività totalmente abusiva”;
- in questa logica, poiché la c.i.l.a. “condivide l’intima natura giuridica” della s.c.i.a., “trovano applicazione i limiti di tempo e di motivazione declinati nell’art. 19, commi 3, 4, 6 *bis* e 6 *ter* della l. n. 241 del 1990, in combinato disposto con il richiamo alle «condizioni» di cui all’art. 21 *novies* della medesima normativa”⁶⁶.

⁶⁴ Così, T.a.r. per la Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. 7 dicembre 2023, n. 1602. Nello stesso senso, cfr. T.a.r. per la Toscana, Firenze, sez. III, sent. 10 novembre 2016, n. 1625; T.a.r. per la Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. 29 novembre 2018, n. 2052; T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. II, sent. 10 ottobre 2022, n. 2627.

⁶⁵ Così, T.a.r. per la Toscana, Firenze, sent. 10 novembre 2016, n. 1625. Nel senso che tali provvedimenti siano affetti da nullità per difetto assoluto di attribuzione, ai sensi dell’art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, cfr. T.a.r. per la Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. 29 novembre 2018, n. 2052; T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. II, sent. 10 ottobre 2022, n. 2627.

⁶⁶ Così, Cons. St., sez. II, sent. 24 aprile 2023, n. 4110. Analogamente, cfr. T.a.r.

Non è difficile avvedersi, dunque, del diverso crinale sul quale si collocano gli indirizzi suddetti: mentre il primo, in una visione coerente con il principio di legalità “sostanziale”, definisce i poteri spettanti alla pubblica amministrazione, in aderenza al dato testuale insito nell’art. 6-*bis*, d.P.R. 6 ottobre 2001, n. 380⁶⁷; il secondo, ricollegandosi – in buona sostanza – alla teoria dei c.d. poteri impliciti, attrae la c.i.l.a. al sistema di controlli disegnato dall’art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, in merito alla s.c.i.a., facendo leva, sul piano sistematico e teleologico, sul rapporto di similitudine riscontrabile tra i due strumenti, nonché sulla comune finalità di protezione della situazione giuridica soggettiva del privato cittadino⁶⁸.

per la Sicilia, Catania, sez. I, sent. 16 luglio 2018, n. 1497; Cons. Stato, sez. IV, sent. 23 aprile 2021, n. 3275.

⁶⁷ In questa prospettiva, cfr. D. DIACO, *L’edilizia “semi-libera”: prospettive per un inquadramento sistematico (a margine di T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 7 dicembre 2023 n. 1602)*, cit., 327 ss., ad avviso del quale, “a prescindere dalle similitudini tra c.i.l.a. e s.c.i.a., il regime dev’essere diverso perché gli interventi alla base dei due titoli sono differenti”; pertanto, “assodato che l’unica effettiva differenza tra i due istituti si rinviene proprio nell’assenza di un potere di controllo sistematico, è ragionevole ritenere che essa non costituisca una lacuna normativa, bensì frutto di una scelta consapevole del legislatore”.

⁶⁸ A livello generale, la teoria dei c.d. poteri impliciti ammette “l’esercizio di poteri da parte della pubblica amministrazione non espressamente attribuiti dalla legge, ma necessari alla cura dell’interesse pubblico a condizione che essi risultino ricavabili dal potere espressamente attribuito dalla norma ovvero, nell’impossibilità di condurre una tale operazione ermeneutica, a condizione che risultino compatibili con il complesso delle disposizioni normative che regolano un certo settore, con l’ulteriore precisazione che tale giudizio di compatibilità va effettuato sulla base di un’interpretazione non letterale, bensì teleologica e sistematica della normativa presa a riferimento”: così, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 102. Sul tema, cfr., altresì, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, 703 ss.

In giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 2 marzo 2004, n. 991, ove si legge che “il dato normativo non può essere interpretato secondo una chiave puramente letterale”, bensì, “in chiave logica e sistematica, che garantisca un significato utile delle norme e il raggiungimento degli scopi che il legislatore si è prefisso (...)”; nonché, più di recente, Cons. St., sez. VI, sent. 14 dicembre 2020, n. 7972, in cui si evidenzia come il principio di legalità, nella sua accezione “forte”, “possa subire adattamenti nella fase applicativa, riconoscendo l’ammissibilità della categoria dei poteri impliciti”, vale a dire, di “poteri che non sono espressamente contemplati dalla legge ma che si desumono, all’esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all’esercizio di altri poteri”. Allo stesso filone, sono imputabili, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, sent. 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. St., sez. VI, sent. 2 maggio

2.2. ... e p.a.s.

Per quel che riguarda, infine, la p.a.s., i dubbi coinvolgono persino la configurazione della fattispecie.

Accanto a un orientamento propenso a includere la p.a.s. nel *genus* della s.c.i.a., e, quindi, a definirla – in armonia con la ricostruzione propugnata dall’Adunanza Plenaria, nella sentenza 29 luglio 2011, n. 15 – come atto soggettivamente e oggettivamente privato⁶⁹, infatti, la giurisprudenza non manca di aderire a una diversa posizione, prospettandone la valenza provvedimentale, e inquadrandola nella figura del silenzio-assenso⁷⁰.

Come testimoniato dalla vicenda normativa – e giurisprudenziale – della s.c.i.a., lo scioglimento dell’alternativa nell’uno o nell’altro senso non è scevro da implicazioni, le quali si apprezzano con specifico riferimento alle tecniche di garanzia del terzo.

Mentre, infatti, a voler recepire la prima tesi, tali tecniche non possono che ricalcare quelle indicate dall’art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241, in materia di s.c.i.a., in base alla seconda, il terzo è legittimato a reagire nelle forme dell’azione ordinaria di annullamento di cui all’art. 29 c.p.a.⁷¹.

3. *Il paradosso degli strumenti di semplificazione amministrativa: il principio di legalità “sostanziale”, e la “legge”, quale presidio indispensabile del legittimo affidamento del privato cittadino, e della certezza dei rapporti giuridici*

All’esito di questo *excursus*, affiora come la resa, in termini di “efficacia”, degli strumenti di semplificazione amministrativa, quale riverbero del modello della c.d. amministrazione di risultato, non possa essere

2012, n. 2521; Cons. St., sez. VI, sent. 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., sez. VI, sent. 24 maggio 2016, n. 2182; Cons. St., sez. VI, sent. 4 febbraio 2020, n. 879.

⁶⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 19 giugno 2014, n. 3112; Cons. St., sez. IV, sent. 28 giugno 2017, n. 3154; Cons. St., sez. IV, sent. 5 ottobre 2018, n. 5715; Cons. St., sez. IV, sent. 4 gennaio 2023, n. 130; Cons. St., sez. IV, sent. 2 maggio 2024, n. 3990.

⁷⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 15 aprile 2019, n. 2420; Cons. St., sez. IV, sent. 18 aprile 2019, n. 2526; Cons. St., sez. IV, sent. 8 luglio 2020, n. 4383; Cons. St., sez. IV, sent. 14 marzo 2022, n. 1754; Cons. St., sez. IV, sent. 12 settembre 2023, n. 8284.

⁷¹ Cfr. G. LA ROSA, *La procedura abilitativa semplificata per impianti FER: dalle esigenze di semplificazione ai dubbi applicativi*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2023, 10 ss.

sganciata dalla dimensione della “legalità”, nel suo pregnante risvolto “sostanziale”.

Quando, infatti, la giurisprudenza – costituzionale e amministrativa – lamenta il difetto di completezza o di coerenza, “interna” ed “esterna”, delle previsioni concernenti i poteri di controllo confidati alla pubblica amministrazione, ovvero, sempre in ragione della lacunosa formulazione degli enunciati normativi, accoglie opzioni ermeneutiche che, seppure ispirate dall’esigenza di consolidamento della situazione giuridica soggettiva del privato cittadino, sono sprovviste anche del benché minimo aggancio al dato testuale, viene certificato, in ultima analisi, come l’attitudine degli strumenti di semplificazione amministrativa a soddisfare il principio di “efficacia” dell’attività della pubblica amministrazione, dipenda, in primo luogo, dal corretto uso, da parte del legislatore, della propria capacità classificatoria, a cominciare, proprio ed esattamente, dalla delimitazione formale e/o materiale di quei poteri⁷².

Ben si comprende, quindi, l’opinione secondo cui la semplificazione amministrativa rappresenti un problema, prima ancora che della pubblica amministrazione, proprio del legislatore⁷³.

Tanto più, ove si consideri il paradosso esibito dagli strumenti di semplificazione amministrativa, i quali, se per un verso, non elidono affatto l’intervento della pubblica amministrazione⁷⁴, per l’altro, in conseguenza della loro natura soggettivamente e oggettivamente privata, derogano alle

⁷² In questa prospettiva, vanno lette le considerazioni di A. BLASINI, M. BRAY, L. CASINI, M. CONTICELLI, A. L. DE CESARIS, L. FIORENTINO, S. NERI, M. RIDOLFI, E. SCHNEIDER, S. SIMONE, *I responsabili dell’efficienza: politica vs burocrazia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2021, 1215 ss., i quali, in termini generali, osservano che “(s)empre più spesso il successo o il fallimento di una riforma sembra dipendere dal contesto politico amministrativo in cui questa ha luogo, più che dal suo contenuto. Ciò, in ragione della semplice constatazione che una buona amministrazione presuppone anche una buona legislazione”.

⁷³ Il punto è messo in evidenza da F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Aut.*, nn. 3-4/2008, 335 ss.

⁷⁴ In tal senso, cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2016, la quale, con riferimento alla s.c.i.a., sottolinea che “tale fattispecie ha una struttura complessa e non si esaurisce, rispettivamente, con la dichiarazione o la segnalazione, ma si sviluppa in fasi ulteriori: una prima, di ordinaria attività di controllo dell’Amministrazione (rispettivamente nei termini di sessanta e trenta giorni); una seconda, in cui può esercitarsi l’autotutela amministrativa” (punto n. 8, del *Considerato in diritto*).

normali garanzie partecipative *ex artt.* 7 e 10-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241⁷⁵, sfuggendo, per questa via, financo all'area della legalità "procedurale"⁷⁶.

In questo scenario, allora, quale che sia la declinazione – in termini di tensione dialettica, ovvero, di reciproca integrazione⁷⁷ – del rapporto tra il principio di legalità "sostanziale" e quello di "efficacia" dell'agire della pubblica amministrazione, un dato appare incontrovertibile: e cioè, che il principio di legalità "sostanziale", e, in definitiva, la "legge", quale forma giuridica del primo, rimangono, sempre e comunque, un presidio indispensabile del legittimo affidamento del privato cittadino, e, con esso, della certezza dei rapporti giuridici⁷⁸, che, lo si rammenta, proprio gli stru-

⁷⁵ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, sent. 19 giugno 2014, n. 3112; T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sez. II, sent. 2 luglio 2018, n. 646; Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1111; T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. VIII, sent. 3 dicembre 2021, n. 7787; T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. II, sent. 11 aprile 2022, 920; T.a.r. per il Veneto, Venezia, sez. II, sent. 21 giugno 2022, n. 1064; T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. III, sent. 21 settembre 2023, n. 2028; T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. IV, sent. 3 gennaio 2024, n. 69; T.a.r. per la Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. 25 novembre 2024, n. 1673. Sul tema, cfr., in dottrina, W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, cit., 169 ss.

⁷⁶ In proposito, cfr. M.A. SANDULLI, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, cit., 4852, la quale, dopo aver rammentato che "l'amministrazione di risultato implica la rapida presa in considerazione degli interessi, la loro ponderazione e la loro efficace tutela mediante un'azione appropriata dell'Amministrazione che va, mediante il procedimento, ad integrare il dettato normativo (...)", evidenzia, per l'appunto, che "(a) questa logica del risultato si oppongono naturalmente tutte quelle forme di legittimazione dell'inerzia amministrativa, quali i meccanismi di silenzio significativo o anche della segnalazione certificata di inizio attività, che da un lato lasciano nell'incertezza il cittadino in ordine all'affidabilità delle conseguenze delle proprie iniziative, dall'altro generano persino dubbi di legittimità costituzionale che involgono la invero singolare *ratio* sottesa alla logica giustificatrice di soggetti pubblici (organi) che, benché istituzionalmente preposti (obbligati) all'esercizio di funzioni di amministrazione attiva, sono legittimati ad "operare mediante l'inazione", magari limitandosi all'uso di poteri di autotutela e sanzionatori, di certo solo scalfiti dall'irrigidimento e dalla limitazione dell'esercizio del potere di annullamento".

⁷⁷ Cfr. *supra* paragrafo n. 1, note nn. 16 e 17.

⁷⁸ In termini generali, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 110-111, sottolinea "il rapporto di stretta implicazione" sussistente tra "legge" e "certezza del diritto", il quale è "imputabile non solo alla "naturale" (cioè funzionale alle esigenze di libertà e giustizia che hanno sollecitato la costruzione stessa di una funzione legislativa) generalità e astrattezza di quella fonte, ma anche al suo essere *forma* giuridica predeterminata, che proprio in quanto forma è definizione di confini certi" (corsivo dell'Autore).

menti di semplificazione amministrativa ambiscono a salvaguardare, nel delicato bilanciamento con l'interesse pubblico alla regolare formazione del titolo⁷⁹.

⁷⁹ Cfr. *supra* paragrafo n. 1, nota n. 27.

Abstract

Il tema degli strumenti di semplificazione amministrativa prende corpo unitamente all'affermazione del modello della c.d. amministrazione di risultato, il quale mette in discussione, anzitutto, la tenuta del principio di legalità "sostanziale". Nel caso degli strumenti di semplificazione amministrativa, però, le aporie e contraddizioni che contraddistinguono il quadro normativo di riferimento, e la loro stessa configurazione legislativa, mettono in evidenza proprio la perdurante centralità del principio di legalità "sostanziale", e della "legge", come presidio indispensabile del legittimo affidamento del privato cittadino, e della certezza dei rapporti giuridici.

The paradox of administrative simplification tools between "legality"
and "effectiveness" of public administration action
(regarding SCIA, CILA, and PAS)

The topic of administrative simplification tools takes shape alongside the emergence of the so-called results-based administration model, which calls into question, first and foremost, the validity of the principle of "substantive" legality. In the case of administrative simplification tools, however, the aporias and contradictions that characterize the relevant regulatory framework, and their very legislative configuration, highlight the continuing centrality of the principle of "substantive" legality, and of the "law," as an indispensable safeguard for the legitimate expectations of private citizens and the certainty of legal relationships.

Le città metropolitane fra previsioni normative e prospettive di riforme

di Sara Sergio

SOMMARIO: 1. Premessa: la genesi delle città metropolitane. – 2. Le città metropolitane in Italia: profili ricostruttivi. – 3. La forma di governo delle città metropolitane e la centralità degli Statuti delle città metropolitane. – 4. Quali funzioni il legislatore attribuisce alle città metropolitane? – 5. A chi spetta il potere di iniziativa sull'istituzione di una nuova città metropolitana? – 6. Quale futuro per le città metropolitane?

1. *Premessa: la genesi delle città metropolitane*

«Oggi è in discussione il primo emendamento che richiama la dizione “città metropolitane”. Vorrei chiedere un chiarimento [...] Sino ad oggi, sino cioè alle 17.35 del 25 febbraio 1998, non sappiamo cosa si intenda per “città metropolitana”. Stiamo per votare l'emendamento 55.72 con il quale si propone di inserire nella Costituzione la dizione “città metropolitane” [...] Noi non sappiamo quante saranno le città metropolitane, quali compiti avranno, quali funzioni dovranno svolgere. Non sappiamo nulla!»¹: è da qui che parte la presente trattazione. Cosa sono le città metropolitane², quali funzioni³ saranno chiamate a svolgere?

Lo studio delle città metropolitane è stato in passato e continua ancora oggi ad essere tutt'altro che semplice.

Quando poi l'analisi si concentra sul piano giuridico l'impresa si complica⁴.

¹ D. NOVELLI, in *Resoconti stenografici della Camera dei Deputati, seduta n. 319 del 25/2/1998*, 105.

² Il legislatore, come si vedrà nel corso della trattazione, non ha fornito alcuna definizione delle città metropolitane, come invece avrebbe potuto fare, posto che le città metropolitane non sono enti esistenti in natura, ma un'invenzione del legislatore. Sulla opportunità di definire i concetti giuridici, si rimanda a M. Waline, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?*, in *Melanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, 1963, 371.

³ A tale proposito, si rimanda a M.S. GIANNINI che già nel 1959 sosteneva che occorre partire sempre dalle funzioni per poter poi individuare il livello più adeguato preposto alla cura degli interessi pubblici selezionati (M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, II, 1959, n. 23, 11 ss., ora in *Scritti Giannini*, vol. IV, 2004, 719).

⁴ M.R. RICCI, *La Città metropolitana nell'ordinamento giuridico italiano. Percorsi istituzionali*

Con il termine “città” il vocabolario Treccani intende un «*centro abitato di notevole estensione, con edifici disposti più o meno regolarmente, in modo da formare vie di comoda transitabilità, selciate o lastricate o asfaltate, fornite di servizi pubblici e di quanto altro sia necessario per offrire condizioni favorevoli alla vita sociale (il concetto di città è legato a quello di una molteplicità di funzioni di varia origine e indole, economiche, sociali, culturali, religiose, amministrative, sanitarie, ecc., riunite in un solo luogo e per tale ragione non è condizionato dal numero degli abitanti)*»⁵.

Per la dottrina giuridica, il termine città indica «*la concentrazione attorno ad un centro principale di una molteplicità di insediamenti dotati di continuità e interdipendenza nelle relazioni di lavoro e di vita*»⁶.

Quando, invece, si parla di città metropolitana, sempre il vocabolario Treccani, fa riferimento ad un «*tipo speciale di Provincia con poteri notevolmente più ampi e molto vicini a quelli comunali, soprattutto in ambito urbanistico, istituita su iniziativa dei Comuni interessati nelle Aree metropolitane*».

Dal punto di vista giuridico, è molto difficile individuare una definizione di città metropolitana, in quanto il legislatore non l’ha approntata, fornendo piuttosto indicazioni ambigue e talvolta contraddittorie che non permettono di individuare una nozione unitaria e coerente.

Ed invero, l’aspetto più critico relativo alla “questione metropolitana” nel nostro ordinamento sembra derivare dall’approssimazione con cui il legislatore ha agito: ossia, mancanza di una definizione univoca e insufficiente dialogo con gli Enti locali, oltre a testi normativi spesso viziati.

Ciò ha fatto sì che i numerosi interventi legislativi che si sono succeduti dal 1990 in poi – i quali avevano come finalità l’istituzione delle città metropolitane – si sono rivelati fallimentari.

Ciò premesso, volendo individuare una definizione giuridica di città metropolitana, si può affermare che per città metropolitana si intende «*quell’insediamento connotato da una spiccata funzione egemone rispetto al territorio circostante, con caratteristiche di alta urbanizzazione e concentrazione insediativa, e di elevata dinamica territoriale*»⁷.

e profili di criticità, Bologna, 2020, 225.

⁵ Autorevole dottrina ha osservato che il concetto di città non appartiene al linguaggio giuridico-amministrativo (C. SEBASTIANI, *La politica delle città*, Bologna, 2007, 70).

⁶ A. PABUSA, voce, “Città metropolitana”, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. III, Milano, 1999, 360.

⁷ M.S. GIANNINI, *Il riassetto dei poteri locali*, in *Riv. Trim. di diritto*, n. 2/1971, 455. Sul punto P.A. osservava che «*vi sono, alle due ali estreme, i comuni “polvere”, che sono delle cose artificiali, delle ridicolaggini giuridico-sociali, e le città metropolitane. A sé sta il fenomeno delle grandi*

Le metropoli quindi si caratterizzano per previsione di una disciplina particolare rispetto ai modelli amministrativi ordinari previsti per gli enti locali⁸.

Nel nostro ordinamento il primo riferimento normativo alle città metropolitane si deve al c.d. Progetto Pavia, allorché studiosi – coordinati da Umberto Pototsching – elaboravano una riforma delle autonomie locali, con l'intento di istituire nelle aree principali del Paese le c.d. Province metropolitane, titolari oltre che delle funzioni proprie delle Province, anche di quelle spettanti ai comuni nella disciplina e gestione del territorio⁹.

Al Progetto Pavia seguirono poi ulteriori progetti, tra cui il Progetto Bassanini, che prevedeva la creazione del comprensorio, in sostituzione alla Provincia, con funzione anche di ente locale dell'area metropolitana.

Negli anni '80, l'Associazione nazionale dei Comuni organizzò un convegno sulle aree metropolitane e nel 1988 l'Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica diede vita al c.d. Progetto Isap¹⁰ a cui seguì l'anno successivo il Progetto Giannini, mediante il quale veniva sostenuto un approccio alle aree metropolitane mediante una forma di gestione congiunta delle funzioni affidate ai comuni¹¹.

*conurbazioni, che è ignorato dal legislatore: le conurbazioni costituiscono in questo momento gli elementi principali, come poli di sviluppo socio-economico del paese [...] la conurbazione, peraltro, come dicevo, non si sa cosa sia, un fatto urbanistico, poiché come fatto amministrativo non esiste». In dottrina è stato osservato che manca una definizione giuridica esplicita da parte del legislatore su cosa l'interprete debba intendere per Città metropolitana (L. DI DOMENICO, in M.R. RICCI, *La Città metropolitana nell'ordinamento giuridico italiano*, cit.).*

⁸ P. URBANI, Voce, *Area metropolitana*, in *enciclopedia del diritto*, Agg., V, Milano, 2001, 111-112.

⁹ L. VANDELLI, Voce "Città metropolitana", in *Enc. del diritto*, Ann. IX, Milano, 2016, 81.

¹⁰ Il progetto Isap – di cui E. Rotelli era Direttore scientifico – prevedeva l'istituzione di Province metropolitane, che di fatto rappresentavano le città-metropoli, ossia associazioni tra Comuni rese enti autonomi e i Comuni metropolitani intesi come suddivisioni amministrative delle Città alle quali assegnare le funzioni che non sarebbe stato efficiente assegnare alla gestione centralizzata. Alle Province metropolitane, poi, sarebbero state assegnate tutte le altre funzioni comunali e quelle che erano state delle Province ed infine tutte le funzioni regionali e statali, che meglio sarebbero potute essere esercitate al livello metropolitano (E. ROTELLI, *Le Province metropolitane e i Comuni metropolitani. Il progetto ISAP*, in *Quaderni i.s.a.p.*, 1990, n. 27, *Verso il governo dell'area metropolitana*, Milano, 1990, 171 ss.).

¹¹ Come ha osservato L. VANDELLI, Voce "Città metropolitana", cit., 81.

Soltanto con la nota l. n. 142 del 1990¹² vennero disciplinate le città metropolitane.

Con il testo unico delle autonomie locali del 2000¹³ poi si giunse ad un riordino della disciplina delle città metropolitane.

In particolare, l'art. 22 del d.lgs. n. 267 del 2000 prevedeva di puntare su un governo metropolitano delineato sulla base di scelte realizzate nella realtà locale interessata.

L'idea era quella di partire dal basso per la delimitazione dell'area, effettuata dalle Regioni, ma su proposta conforme degli enti locali interessati.

È stato il 2001¹⁴ l'anno di svolta in tema di città metropolitane: la riforma del Titolo V della Costituzione ha inserito proprio nel testo dell'art. 114 Cost. le città metropolitane fra gli enti territoriali che compongono la Repubblica¹⁵.

¹² L. 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, in G.U. n. 135 del 12.06.1990, abrogata dall'art. 274 del T.U. enti locali approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Le disposizioni di cui alla l. n. 142 risultano essere state inattuare per quanto riguarda le città metropolitane. L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2018, 94 osservava che «la consapevolezza delle peculiarità di fondo che caratterizzano tali aree e la convinzione che a queste debbano corrispondere specifiche soluzioni istituzionali sono da tempo diffuse. Consapevolezze e convinzioni di questo tipo hanno indotto vari paesi europei – anche a tradizione amministrativa simile a quella italiana – a cercare livelli di governo ampi, ricomprendenti l'intero agglomerato metropolitano, cui demandare funzioni di pianificazione così come di coordinamento, o anche di diretta gestione di determinati servizi ed opere (quali, anzitutto, trasporti, tutela dell'ambiente, smaltimento rifiuti, grandi infrastrutture)». Ed invero, la l. n. 142 delineò un regime speciale per le Aree metropolitane a cui entro un anno dall'entrata in vigore della legge in parola le Regioni avrebbero dovuto (sentiti i Comuni e le Province interessati) delimitare l'Area metropolitana stabilendo se sarebbe stata coincidente con il territorio della Provincia preesistente oppure si sarebbe istituita una nuova Provincia o l'incorporazione di parti del territorio negli ambiti di Province confinanti. La Regione poi – previo parere dei Comuni interessati – entro 18 mesi avrebbe proceduto al riordino territoriale dei Comuni in essa compresi. Nasce così con la legge n. 142 la “prima” città metropolitana: il nuovo ente era stata ideato con una sola finalità principale, ossia quella di un incremento dell'efficacia dei servizi offerti dalla pubblica Amministrazione al livello degli enti locali, in particolare laddove si erano create talune realtà di fatto i cui confini territoriali differivano da quelli dei tradizionali enti locali.

Quanto previsto dalla legge però si è scontrato con le difficoltà concrete con la conseguenza che le previsioni normative non hanno ricevuto attuazione.

¹³ D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, in G.U. n. 227 del 28.09.2000, ha abrogato la previgente l. n. 142 del 1990.

¹⁴ L. 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in G.U. 248 del 24.10.2001.

¹⁵ Sul tema, G. DEMURO, *Art. 114*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura

La riforma del 2001 ha segnato – anche per quanto attiene al tema di cui si discute – un passaggio fondamentale, non soltanto perché le città metropolitane trovano espresso riferimento in Costituzione e sono considerate come elementi costitutivi della Repubblica, ma anche perché vengono equiparate agli enti territoriali costituzionalmente garantiti (ossia, Comuni e Province).

In primo luogo, quella riforma quindi – ai sensi dell'art. 114, c. 2 – ha riconosciuto le città metropolitane come enti autonomi dotati di propri statuti, poteri e funzioni, riservando al legislatore statale la legislazione elettorale, gli organi di governo e le funzioni amministrative¹⁶.

In secondo luogo, il legislatore del 2001 ha attribuito alle città metropolitane la titolarità della potestà regolamentare, per quanto attiene alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite ed infine le ha dotate di autonomia finanziaria di entrata e di spesa con risorse autonome.

Nonostante abbia assunto rango costituzionale – ai sensi dell'art. 114 Cost. – nel sistema *multilevel governance* delineato dalla riforma del titolo V della Cost., la città metropolitana è rimasta inoperativa anche negli anni successivi alla riforma, tanto è vero che parte della dottrina ha ritenuto la previsione costituzionale un mero promemoria normativo¹⁷.

La Costituzione però nulla dice in ordine alla procedura di istituzione delle città metropolitane, sugli elementi costitutivi e sull'organizzazione delle stesse.

Alla riforma costituzionale del 2001 ha fatto seguito la legge n. 42 del 2009¹⁸.

di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2168 ss. Alla riforma del 2001 fece seguito la l. n. 131 del 2003 la quale però non produsse alcun risultato, tanto è vero che nuovi tentativi ci furono nel 2009, con la l. n. 42 e successivamente nel 2012 con il d.l. n. 95 del 2012.

¹⁶ Sulle Città metropolitane e la Costituzione, si rimanda a T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, II ed., Torino, 2003.

¹⁷ F. PIZZETTI, *Istituzione delle città metropolitane, appunti per il gruppo di lavoro su "L'Istituzione delle Città metropolitane – procedure, problemi, ostacoli, opportunità"*, in *Astrid*, 22 novembre 2021; A. LUCARELLI, *Prime considerazioni in merito all'istituzione della Città metropolitana*, in *www.federalismi.it*, n. 4, 2012; A. BARBERA, *Il Titolo V, tra attuazione e riforma*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006, 4 ss.; B. CARAVITA, *Contributo alla Commissione per le riforme costituzionali in tema di riforma del Titolo V*, in *www.federalismi.it*, n. 15, 2013.

¹⁸ L. 5 maggio 2009, n. 42, *Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione*

In particolare, l'art. 23 della legge appena ricordata recava la disciplina transitoria delle città metropolitane «*fino all'entrata in vigore della disciplina ordinaria riguardante le funzioni fondamentali, gli organi e il sistema elettorale delle Città metropolitane che sarà determinata con apposita legge*».

Ai sensi dell'art. 23, infatti, il legislatore prevedeva che potessero essere istituite le città metropolitane nelle aree in cui fossero compresi i Comuni di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria, disponendo altresì che l'iniziativa per la loro istituzione fosse affidata ad una proposta avanzata dagli enti locali interessati¹⁹.

Sulla proposta degli enti locali interessati poi avrebbe espresso il proprio parere la Regione: parere privo però di effetti vincolanti.

Nell'ipotesi in cui il *referendum* avesse avuto esito positivo il governo avrebbe adottato il decreto di istituzione della città metropolitana.

L'art. 23 in parola, però, è stato abrogato per l'effetto del d.l. n. 95 del 2012²⁰.

Quel d.l. istitutiva – con l'art. 18 – le città metropolitane, quali enti intermedi alternativi alle Province, omettendo però di affidarne la costituzione all'iniziativa degli enti locali interessati²¹.

Il Governo, con il d.l. n. 95 riteneva indispensabile utilizzare lo strumento della decretazione d'urgenza prevedendo in via immediata l'istituzione delle città metropolitane, prendendo atto del fallimento, per l'inerzia delle autonomie territoriali delle iniziative legislative che erano rimaste soltanto una mera previsione astratta²².

dell'articolo 119 della Costituzione, in G.U. n. 103 del 6.5.2009, nota come legge sul federalismo fiscale.

¹⁹ Ciò significava quindi che la proposta per l'istituzione di una nuova città metropolitana spettava in alternativa, al Comune capoluogo congiuntamente alla Provincia o al Comune capoluogo congiuntamente ad almeno il 20% dei Comuni della Provincia interessata che rappresentassero, unitamente al Comune capoluogo, almeno il 60% della popolazione; o infine alla Provincia, congiuntamente ad almeno il 20% dei Comuni della Provincia che rappresentassero almeno il 60% della popolazione.

²⁰ D.l. 6 luglio 2012, n. 95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini (nonchè misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario)*, in G.U. 156 del 6.7.2012.

²¹ Sul punto si rimanda a F. PIZZETTI, *La nuova normativa in materia di enti territoriali*, in *Il nuovo sistema degli enti territoriali dopo le recenti riforme*, F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), Bologna, 2021, 25 ss.

²² Il d.l. n. 95 appariva autoritativo, nel momento in cui istituiva *ope legis* le città

L'art. 18 sopra richiamato disponeva l'istituzione in via diretta delle città metropolitane a decorrere dal 1° gennaio 2014: l'articolo in questione aveva carattere precettivo, nel momento nel quale statuiva l'istituzione diretta delle città metropolitane indicando la data a partire dalla quale sarebbero diventate operative.

Una particolarità dell'art. 18 consisteva poi nella alternatività delle città metropolitane alle province, nel senso cioè che laddove il legislatore prevedeva l'istituzione della città metropolitana, veniva soppressa la provincia corrispondente²³.

Si è dovuto però attendere il 2014, con la legge n. 56²⁴ per assistere ad una disciplina più organica in tema di città metropolitane²⁵.

metropolitane, ma nel contempo era anche flessibile, là dove rimetteva alla decisione autonoma degli organi della città metropolitana la scelta tra tre distinti moduli organizzativi, come ha osservato autorevole dottrina (C. DEODATO, *Le città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive*, in *www.federalismi.it*, n. 19, 2012, 13).

²³ Sul punto, pare opportuno osservare che il d.l. n. 95 elencava in maniera dettagliata le province destinate ad essere soppresse e sostituite dalle città metropolitane. In secondo luogo, il comma 2 dell'art. 18 prevedeva poi la coincidenza del territorio della città metropolitana con quello della provincia soppressa, garantendo una diversa perimetrazione dei confini dell'ente locale ad opera delle iniziative dei comuni ai sensi dell'art. 133 Cost.

²⁴ L. 7 aprile 2014, n. 56, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*, in G.U. n. 81 del 7.4.2014. A tale legge è poi seguita la l. n. 190 del 2014.

Le città metropolitane sono così enti territoriali previsti dalla Costituzione, dotati di autonomia statutaria, regolamentare e amministrativa (come chiaramente disposto dagli artt. 114, c. 2, 117, c. 6 e 118 Cost.). Dal 1° gennaio 2015 sono subentrate (dove previste) alle omonime Province, acquisendone il territorio e succedendo ad esse in tutti i rapporti sia attivi sia passivi delle Province ed esercitandone le funzioni che prima spettavano alle Province.

²⁵ C. TUBERTINI, *La città metropolitana in un sistema di autonomie responsabili: situazione attuale e prospettive*, in G. CANDIDO DE MARTIN e F. MERLONI (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Luiss University Press, Roma, 2017, 235. La legge Delrio merita un esame molto approfondito, non soltanto per le vicende che hanno consentito la sua emanazione, ma anche per la collocazione che essa ha nel procedimento di evoluzione del nostro ordinamento e per l'ampiezza degli effetti che essa determina nel momento in cui ne si dà attuazione (F. PIZZETTI, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l'opposto destino delle città metropolitane e delle province*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015). A tale proposito, «la stessa legge n. 56/2014, infatti, presuppone diversi processi di completamento del modello di ente metropolitano, che attengono a differenti profili: teorico, normativo, statutario e relazionale» (G. PIPERATA, *La città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo il giurista*, in *www.urbani.it*).

La legge n. 56 non si limita ad istituire le Città metropolitane, ma prova anche a configurare un modello del nuovo ente, con una sua definizione e corrispondente a determinate caratteristiche e nel fare ciò, introduce numerose innovazioni, non potendosi considerare la Città metropolitana come un mero surrogato dell'ente provinciale²⁶.

Quella legge è considerata di notevole incisività innovativa che ha aperto un processo complesso²⁷, articolandosi in una pluralità di fasi e andando a coinvolgere diversi soggetti, richiedendo tra l'altro notevoli adempimenti.

Ed infatti, dopo un'attesa più che ventennale, la legge Delrio ha istituito le città metropolitane nei territori delle *ex* Province di Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria a partire dal 1° gennaio 2015.

In particolare, il legislatore del 2014, all'art. 1, c. 2 ha definito le città metropolitane «enti territoriali di area vasta con le funzioni di cui ai cc. da 44 a 46 e con le finalità istituzionali generali: cura dello sviluppo strategico del territorio metropolitano; promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse della città metropolitana; cura delle relazioni istituzionali afferenti al proprio livello, ivi comprese quelle con le città e le aree metropolitane europee»²⁸.

In secondo luogo, poi, quella legge²⁹ ha stabilito – nei commi 12 e 16 – che le città metropolitane sono costituite direttamente per volontà del legislatore della l. n. 56, a partire dall'entrata in vigore della legge stessa, subentrando direttamente alle preesistenti Province.

In proposito, nulla è previsto in ordine all'istituzione di nuove Città metropolitane o alla eventuale soppressione di quelle esistenti, lasciando così irrisolto il futuro rapporto fra Stato e Regione, che potrebbero ritro-

²⁶ G. PIPERATA, *La città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo il giurista*, cit.

²⁷ Autorevole dottrina ha osservato che «con la riforma Delrio si è inciso non solo sul sistema di governo locale, ma anche, come molti hanno sottolineato, sulle modalità e le forme della rappresentanza e, in ultima analisi, sul modello di democrazia» (F. PIZZETTI, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto*, cit.).

²⁸ In tema di città metropolitane si vedano, *ex multis*, A. STERPA (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla legge 7 aprile 2014, n. 56*, Napoli, 2014; F. PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove Province e unioni di Comuni. Legge 7 aprile 2014, n. 56 (legge "Delrio")*, Milano, 2015.

²⁹ La cui *ratio* doveva essere quella di indicare l'iter da seguire per la proposta di revisione costituzionale del 2014, mai avvenuta.

varsi in conflitto allorquando la legge statale vorrà istituire una nuova città metropolitana, intervenendo su enti di area vasta istituiti o modificati dalla Regione, senza attribuire alcun tipo di competenza alla città metropolitana di riferimento³⁰.

Secondo le intenzioni del legislatore del 2014, l'obiettivo era quello di affrontare le problematiche delle aree urbane mediante una nuova dimensione di *governance*³¹ che consentisse di sfruttare le potenzialità delle aree metropolitane e la loro naturale funzione di volano per lo sviluppo economico e produttivo del Paese.

Un ruolo determinante – che si evince dalla lettura della legge – è attribuito allo Stato, a partire dall'approvazione della legislazione relativa sulle funzioni delle Città metropolitane, *«in relazione alle quali, una volta individuate quelle fondamentali (commi 44 e 88 della legge), si tratta di adeguare la disciplina nelle materie di propria competenza (a partire dall'ambiente o, limitatamente ai principi fondamentali, al governo del territorio)»*³².

2. Le città metropolitane in Italia: profili ricostruttivi

Si è accennato in chiusura del paragrafo precedente al primario obiettivo del legislatore nel momento nel quale con la legge del 2014 ha istituito le città metropolitane.

A quell'obiettivo, di cui si è detto, ossia affrontare le problematiche delle aree urbane mediante una nuova dimensione di *governance*, che passava anche dal superamento dell'idea di uniformità amministrativa in favore di una differenziazione istituzionale locale che tenesse in considerazione

³⁰ Sul punto si rimanda a A. FERRARA, *La competenza legislativa sui profili ordinamentali generali degli enti di area vasta*, in *www.federalismi.it*, n. 5, 2016, 5 ss.

³¹ A tale proposito, si osserva che *«malgrado le molte affinità esistenti tra città metropolitane e province con riferimento alla loro governance e alla titolarità di funzioni fondamentali ex art. 117, secondo comma, lettera p) Cost., i due tipi di enti sono del tutto diversi e segnati da un opposto e divaricato destino»* (F. PIZZETTI, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto*, cit.).

³² L. VANDELLI, *L'innovazione del governo locale alla prova: uno sguardo comparato agli Statuti delle Città metropolitane*, in *Istituzioni del federalismo*, 2014, 213. L'A. osservava a tale proposito che lo Stato è chiamato ad ottemperare ai compiti relativi *«all'individuazione dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative; compiti che si sono rivelati particolarmente impellenti e critici, in questa fase di avvio, in relazione al personale ed ai relativi processi di mobilità»*.

le diverse caratteristiche precipue delle varie aree del Paese³³, si accosta poi l'ulteriore obiettivo, ossia quello di rendere corrispondente alla realtà l'amministrazione territoriale e di valorizzare gli insediamenti urbani più abitati e produttivi per migliorarne la competitività in relazione alle esigenze corrispondenti esistenti nel resto d'Europa.

Il nuovo ente quindi avrebbe dovuto richiamare investimenti e capitale umano, favorire lo sviluppo tecnologico e lo sviluppo sostenibile, in un contesto di razionalizzazione del sistema delle autonomie locali, che comportasse una maggiore efficienza nell'esercizio delle funzioni locali³⁴.

Ebbene, con la legge n. 56 le città metropolitane avrebbero dovuto promuovere lo sviluppo economico e la coesione sociale, non limitandosi soltanto ad un ruolo di gestione dei servizi, delle infrastrutture e delle reti³⁵; ad oggi però non risulta ancora perfezionato l'assetto istituzionale concepito per il nuovo livello di governo locale³⁶.

Fra le problematiche che si riscontrano emerge, innanzitutto, la crisi

³³ F. PIZZETTI, *Le città metropolitane per lo sviluppo strategico del territorio: tra livello locale e livello sovranazionale*, in *www.federalismi.it*, n. 12, 2015, 8 ss.

³⁴ Si ricorda infatti che il nostro Paese si caratterizza per la prevalenza di Comuni di piccole e medie dimensioni e l'istituzione delle città metropolitane veniva vista come uno strumento per incidere sulla questione della frammentazione del comparto comunale.

³⁵ Le città metropolitane si collocano ad un livello intermedio tra le Regioni e i Comuni, ma non sono state identificate chiaramente le funzioni esclusive loro attribuite, con i rischi di creare una sovrapposizione fra *ex* Province e Regioni (sul punto si rimanda a L. VANDELLI, *Città metropolitane, Province e Unioni di Comuni. La legge Delrio del 7 aprile 2014 commentata comma per comma*, Rimini, 2014; S. STAIANO, *Il ddl Delrio: considerazioni sul merito e sul metodo*, in *www.federalismi.it*, n. 1, 2014). Inoltre, le città metropolitane non sono da considerarsi enti orientati ad assicurare i servizi e a soddisfare i bisogni essenziali dei cittadini: compito questo che resta incentrato soprattutto sui comuni. Le città metropolitane, sono invece, enti chiamati a promuovere lo sviluppo del loro territorio e tutte le condizioni, anche di natura infrastrutturale, necessarie a tale scopo, avendo il potere e il dovere di assicurare anche la gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione, ma solo in quanto queste siano di interesse della città metropolitana ed essenziali allo sviluppo del territorio (F. PIZZETTI, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto*, cit.).

³⁶ Risulta, invero, che le città metropolitane così come concepite dal legislatore del 2014 fanno fatica a svolgere un ruolo effettivo nella nuova *governance* locale, nei rapporti con gli altri livelli di governo territoriale. La legge n. 56 ha attribuito alle città metropolitane le funzioni proprie delle *ex* Province, le funzioni previste dall'art. 117, lett. p) Cost. e le funzioni riconosciute dallo Stato e dalle Regioni, rimettendo alla discrezionalità del legislatore statale e regionale la determinazione di spazi e materie.

economica e finanziaria che dalla prima metà degli anni duemila ha imposto tagli alla spesa pubblica³⁷, oltre a quella di collegare l'istituzione delle città metropolitane alle sorti delle Province e ciò ha generato confusione (soprattutto nei cittadini) fra i due enti, causando una sorta di perdita di identità delle città metropolitane e limitando le spinte di «*estensione delle città metropolitane verso il raggiungimento dei propri confini naturali*»³⁸.

L'istituzione degli enti metropolitani si è posta così all'interno di un riassetto dell'amministrazione locale che aspirava ad eliminare dall'ordinamento italiano le Province.

La conseguenza più diretta di ciò è stata la riduzione del potenziale delle Città metropolitane, che hanno preso in eredità le delimitazioni territoriali, le risorse economico/finanziarie e anche gli organici delle Province a cui sono subentrate.

La legge Delrio – nonostante abbia previsto per le città metropolitane funzioni ulteriori rispetto alle classiche competenze provinciali – ha però di fatto lasciato come mere previsioni le innovazioni in essa contenute, molto probabilmente a causa della mancata adeguata differenziazione del ruolo di Province e Città metropolitane.

Ciononostante, le esigenze alla base dell'idea del legislatore di istituire le Città metropolitane, sono rimaste immutate, percependosi tutt'ora l'assenza di un ente in grado di veicolare lo sviluppo di aree tra loro strettamente connesse, laddove la dimensione comunale si mostra circoscritta rispetto a fenomeni quali l'utilizzo di servizi pubblici da parte di tutta la comunità o l'urbanizzazione delle periferie³⁹.

L'idea di fondo della legge Delrio, soprattutto in tema di *governance* metropolitana e funzioni attribuite ai nuovi enti, dovrebbe essere nuovamente presa in considerazione, apportando nel contempo correttivi a

³⁷ In proposito, si osserva che a partire dal 2007 si è assistito, a causa della crisi economico finanziaria, alla necessità di una riorganizzazione della pubblica amministrazione e alla necessità – su invito delle istituzioni europee – di adottare misure di razionalizzazione della macchina amministrativa per realizzare un risparmio di spesa (sul punto, A. GIOVANNINI, *Sul federalismo fiscale che non c'è*, in *Dir. e Prat. Trib.*, n. 6, 2012).

³⁸ M.G. NACCI, *Le Città metropolitane a otto anni dalla Legge istitutiva: ruolo, identità e prospettive di riforma*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, 1, 2022, 49. Sul punto anche M. DE DONNO, *La riforma del governo locale nella legge Delrio: qualche riflessione cinque anni dopo*, in *www.federalismi.it*, n. 7, 2019, 22.

³⁹ M. BROCCA, *Coesione territoriale e Città metropolitane: le sollecitazioni comunitarie e le difficoltà italiane*, in *www.federalismi.it*, n. 2, 2017, 3 ss.

dubbi e criticità che sono di fatto emersi nell'esperienza applicativa della legge medesima.

In altri termini, per rilanciare le Città metropolitane e auspicare nel loro concreto sviluppo occorrerebbe ripensare il ruolo che esse potrebbero svolgere nei confronti dei comuni, in quanto i percorsi di crescita economico e sociale soprattutto nelle piccole realtà urbane dovrebbero coinvolgere tutto il territorio.

In proposito, si osserva che i Comuni rivestono un ruolo fondamentale, tanto è vero che il legislatore della l. n. 56, nel momento in cui aveva considerato un sistema flessibile di perimetrazione dell'area territoriale di ogni nuova città metropolitana, ha lasciato la libertà ai Comuni di entrare o uscire dall'area metropolitana di riferimento, ai sensi dell'art. 133 della Costituzione.

Merita invero di essere ricordata una rilevante pronuncia del Giudice delle leggi⁴⁰, il quale ha esortato a differenziare i territori dell'ente Provincia e dell'ente Città metropolitana, rivolgendosi al legislatore e alle stesse città metropolitane, invitando ad attivare la procedura di modifica dei confini delle circoscrizioni provinciali limitrofe previste dal comma 6 della legge Delrio⁴¹.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 240⁴² poc'anzi ricor-

⁴⁰ Corte cost. sentenza n. 240 del 2021. In proposito, si rimanda a M. DE DONNO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 e la legge Delrio: quale futuro per gli enti di area vasta?*, in *www.federalismi.it*, n. 3, 2022, 8. La sentenza appena ricordata trae origine dall'ordinanza di rimessione con cui la Corte d'Appello di Catania sollevava dubbi di costituzionalità degli artt. 13, c. 1 e 14 della l.r. Sicilia, n. 15 del 2015 avente ad oggetto *Disposizioni in materia di liberi Consorzi comunali e Città metropolitane*, in riferimento agli artt. 1, 2, 3 e 48, 5, 97 e 114 Cost. La questione sorgeva dalla constatazione secondo cui l'appellante – iscritto nelle liste elettorali del Comune di Aci Castello, comune rientrante nel perimetro giuridico della Città metropolitana di Catania – non avrebbe avuto la facoltà di concorrere all'elezione del sindaco metropolitano, essendo tale carica ricoperta in via automatica dal sindaco del comune capoluogo. Si rimanda anche a G. ARMAO, *Appunti per una riflessione sul sistema di governo intermedio. Province regionali, liberi consorzi, città metropolitane alla ricerca di un nuovo assetto*, in *www.unipa.it*; O. SPATARO, *L'istituzione dei Liberi consorzi di Comuni e delle Città metropolitane in Sicilia, ovvero della specialità vagheggiata*, in *www.federalismi.it*, n. 12, 2018.

⁴¹ M. DE DONNO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 e la legge Delrio: quale futuro per gli enti di area vasta*, cit., 8.

⁴² La sentenza trae origine dalla questione sottoposta all'esame della Corte riguardante lo Statuto della Regione Sicilia (R.D. lgs., n. 455 del 1946, *Approvazione dello Statuto della regione Siciliana*, in G.U. n. 133 del 10.06.1946), il quale prevede all'art. 14 una com-

data è stata chiamata a valutare la lesione del principio democratico e dell'uguaglianza del diritto di voto, nel momento in cui cittadini residenti in un comune non capoluogo della città metropolitana non siano legittimati ad esprimere il proprio voto all'elezione del sindaco metropolitano a differenza, invece, dei cittadini residenti nel comune capoluogo della città metropolitana.

La Corte quindi ha dovuto stabilire se sia o meno conforme ai dettati costituzionali la regola secondo la quale il sindaco metropolitano⁴³ – organo di rappresentanza dell'ente metropolitano – debba identificarsi *ex lege* nel sindaco del comune capoluogo.

Ebbene, il Giudice delle leggi⁴⁴, con argomentazioni dettagliate, ha osservato che il diritto di cui godono i residenti nel comune capoluogo si sostanzia in una «*estriore consequenzialità tra i due atti*»⁴⁵, quello di elezione

petenza legislativa esclusiva dell'Assemblea regionale per la disciplina degli enti territoriali e delle relative circoscrizioni. Sulla base di ciò, il territorio è costituito da comuni e Consorzi comunali, «*dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria*». Prevede poi quell'articolo che «*nel quadro di tali principi generali spetta alla Regione la legislazione esclusiva e l'esecuzione diretta in materia di circoscrizione, ordinamento e controllo degli enti locali*». Si rimanda a C. TUBERTINI, *Il punto sullo stato di attuazione delle Città metropolitane*, in *Giornale dir. amm.*, 1, 2019, 44-52. Si precisa che in Sicilia, la legislazione esclusiva e l'esecuzione diretta in materia di ordinamento e controllo degli enti locali spetta alla Regione, ai sensi della l.r. n. 15 del 2015, poi modificata dalla l. n. 23 del 2018. Con la l.r. n. 15, *Disposizioni in materia di liberi Consorzi comunali e Città metropolitane*, le Città metropolitane hanno fatto il loro ingresso nell'ordinamento siciliano (sul punto si rimanda a S. AGOSTA, *Un faticoso parto (all'esito di una non meno travagliata gestazione): il controverso ingresso delle Città metropolitane ed il cenotafio delle Province regionali in Sicilia*, in *www.federalismi.it*, n. 23, 2015; A. STERPA, «*Le Città (metropolitane) invisibili*»: perché non possono coesistere due modelli diversi di area vasta? *A proposito della sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 3, 2022, 92 ss.).

⁴³ La previsione che il Sindaco metropolitano sia di diritto il Sindaco del Comune capoluogo è un'idea che deriva dal d.l. n. 95 del 2012 (c.d. *spending review*) e che già all'epoca destava molta perplessità, come ha osservato illustre dottrina (V. CERULLI IRELLI, *Relazioni tra città metropolitane e Comuni*, in *www.astrid-online.it*, 2012, 1). Sul tema si rimanda anche a C. TUBERTINI, *Il punto sullo stato di attuazione delle Città metropolitane*, cit., 48 ss.; L. VANDELLI, *La legge "Delrio" all'esame della Corte: ma non meritava una motivazione più accurata?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015, 393 ss.; R. DI MARIA, *La Città metropolitana nelle leggi siciliane 15/2015 e 5/2016, e nella legge statale 56/2014: un breve excursus fra attuali esigenze di uniformità ordinamentale e persistenti rivendicazioni di autonomia speciale*, in *Le Regioni*, n. 2, 2016, 307 ss.

⁴⁴ Richiamando anche precedenti pronunce, quali la n. 50 del 2015 e la n. 168 del 2018.

⁴⁵ Testualmente dalla sentenza n. 240 del 2021.

del sindaco del comune capoluogo e quello di individuazione *ex lege* del sindaco metropolitano⁴⁶.

La Corte ha infine dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale con riferimento al diverso trattamento tra cittadini residenti in comuni compresi in un'area metropolitana e cittadini residenti in aree afferenti alla Provincia, non potendosi porre sul medesimo piano i sistemi di elezione del governo provinciale e di quello metropolitano.

In particolare, nell'elezione del governo metropolitano, la mancanza di una durata predeterminata della carica di sindaco metropolitano⁴⁷, si associa non soltanto alla durata in carica di cinque anni del consiglio metropolitano, ma anche alla previsione per cui nell'ipotesi di rinnovo del consiglio del comune capoluogo, si procede a nuove elezioni del consiglio metropolitano e tutto ciò al fine di assicurare il costante allineamento tra gli organi del comune capoluogo con quelli della città metropolitana.

Un'ultima argomentazione della pronuncia del Giudice delle leggi riguarda poi un monito al legislatore della legge Delrio, il quale è stato esortato a rendere in sintonia il sistema previsto per l'elezione del sindaco metropolitano con il diritto all'eguaglianza del voto⁴⁸, atteso che «*l'eguaglianza del diritto di voto e la garanzia di idonei strumenti volti a garantire la responsabilità politica degli eletti nei confronti degli elettori*»⁴⁹ risultano essere questioni non più rimandabili.

⁴⁶ La Corte quindi ha ritenuto non discriminatorio il trattamento riservato ai cittadini dei comuni non capoluogo. La Corte, in altri termini, ha sottolineato come la prerogativa di cui godono i residenti nel comune capoluogo e che parte ricorrente ritiene si tratti di elezione indiretta, si atteggia nella sostanza ad una esteriore consequenzialità tra i due atti.

⁴⁷ Anche se tendenzialmente la durata è quinquennale, in virtù dell'immedesimazione *ratione officii*. Si rimanda a tale proposito a M.G. NACCI, *La riforma dell'ente di area vasta fra criticità costituzionali e difficoltà attuative*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 735 ss.

⁴⁸ In particolare, la Corte ha osservato che «*il sistema attualmente previsto per la designazione del sindaco metropolitano non sia in sintonia con le coordinate ricavarabili dal testo costituzionale, con riguardo tanto al contenuto essenziale dell'eguaglianza del voto, che riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e [...] concorre inoltre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative [...], quanto all'assenza di strumenti idonei a garantire meccanismi di responsabilità politica e il relativo potere di controllo degli elettori locali*».

⁴⁹ Y. GUERRA, *Il ruolo delle città metropolitane alla luce della sentenza n. 240 del 2021: governance metropolitana e funzioni*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2, 2022, 124.

Per la Corte il monito al legislatore è legato a questioni di natura fattuale.

Innanzitutto, la mancata approvazione della riforma costituzionale, che ha travolto anche la legge Delrio.

Più precisamente, la Corte ha sostenuto che *«tale circostanza ha privato il meccanismo di designazione prefigurato per il sindaco metropolitano del suo necessario presupposto, vale a dire l'operare delle città metropolitane come unici enti di area vasta, cui sarebbero stati devoluti primariamente compiti di coordinamento delle funzioni dei Comuni del territorio e di pianificazione strategica. La conseguente, perdurante, operatività delle Province e l'attribuzione ad esse di determinate funzioni fondamentali non di mero coordinamento, devolute [...] anche alle città metropolitane, rende pertanto urgente un riassetto degli organi di queste ultime, risultando del tutto ingiustificato il diverso trattamento riservato agli elettori residenti nel territorio della città metropolitana rispetto a quello delineato per gli elettori residenti nelle Province»*⁵⁰.

In secondo luogo, l'assenza di una legge elettorale che permetta di utilizzare il modello dell'elezione diretta del sindaco metropolitano⁵¹ non consente di superare le conseguenze della violazione dell'eguaglianza del diritto di voto.

Dalle argomentazioni della Corte emerge, quindi, l'opportunità se non addirittura la necessità, che il legislatore statale individui soluzioni normative per creare quell'uguale godimento del diritto di voto dei cittadini nelle città metropolitane.

Quanto appena osservato, ripercorrendo la decisione della Corte costituzionale sul sistema di elezione del sindaco metropolitano, anticipa il paragrafo successivo, in ordine all'esame degli organi metropolitani, su cui ci soffermerà appresso.

⁵⁰ Sent. n. 240/2021, *considerato in diritto*, par. 8.

⁵¹ In proposito, il giudice delle leggi ha osservato che *«non appare più invocabile, a sostegno della non contrarietà a Costituzione del meccanismo di designazione di diritto del sindaco metropolitano, il fatto che gli statuti delle città metropolitane possano optare per la via dell'elezione diretta di quest'ultimo»*.

3. *La forma di governo delle città metropolitane e la centralità degli Statuti delle città metropolitane*

Un aspetto di certa rilevanza nell'esame delle Città metropolitane e su cui la legge Delrio si è soffermata attiene alla forma di governo *standard* delle città metropolitane, da dettagliarsi poi mediante ciascuno Statuto⁵².

Nell'istituire gli enti metropolitani la legge del 2014 ha introdotto novità di certo rilievo per quanto attiene alla struttura politico-amministrativa degli enti d'area vasta.

Nello specifico, sono previsti tre organi principali: il Sindaco metropolitano, la Conferenza metropolitana e il Consiglio metropolitano.

Al Sindaco metropolitano – che nella legge Delrio coincide con il Sindaco del comune capoluogo – è attribuita la rappresentanza legale dell'ente, la presidenza del Consiglio e della Conferenza, nonché la supervisione del funzionamento dei servizi e degli uffici all'esecuzione degli atti.

Il Sindaco metropolitano è un organo monocratico non elettivo, in quanto l'incarico è attribuito *ex lege* al Sindaco del comune capoluogo del nuovo ente.

Le due cariche, pertanto, si identificano nella medesima persona, realizzando così uno strettissimo nesso fra gli organi della città metropolitana e gli organi del comune capoluogo⁵³.

Alla Conferenza metropolitana, invece, composta dal Sindaco metropolitano e dai Sindaci di tutti i Comuni appartenenti alla Città metropolitana, vengono attribuiti compiti di natura consultiva, salvo per quanto attiene all'adozione e alla modifica dello Statuto, proposte dal Consiglio, ma adottate direttamente dalla Conferenza con voti che rappresentino almeno i 2/3 dei Comuni facenti parte della città metropolitana⁵⁴.

Infine, al Consiglio metropolitano – eletto dai Sindaci e dai Consiglieri dei Comuni facenti parte del territorio metropolitano e sulla base

⁵² Il comma 10 in proposito prevede che lo Statuto stabilisce «*norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente, ivi comprese le attribuzioni degli organi nonché l'articolazione delle loro competenze*».

⁵³ Sul punto, A.G. LANZAFAME, *L'autonomia metropolitana. Ragioni di differenziazione e questioni di uguaglianza*, Gruppo di Pisa, 2020, 230 ss.

⁵⁴ In ordine alla Conferenza metropolitana occorre rilevare che rispetto al modello tipico degli enti locali, manca un organo collegiale chiamato a svolgere le funzioni esecutive, come invece accade con le giunte comunali.

di un meccanismo di voto ponderato a seconda della popolazione rappresentata – è attribuita la prerogativa di adottare gli schemi di bilancio, da sottoporre al parere della Conferenza e procedere alla loro definitiva approvazione.

La legge n. 56 prevede poi che il Consiglio metropolitano duri in carica cinque anni e nelle ipotesi di rinnovo del consiglio del comune capoluogo, si procede a nuove elezioni del consiglio metropolitano entro sessanta giorni dalla proclamazione del sindaco del comune capoluogo⁵⁵.

Individuati gli organi delle città metropolitane, l'attenzione merita di essere soffermata sul ruolo che la legge attribuisce allo Statuto metropolitano⁵⁶, al quale viene dato notevole rilievo anche ai fini della nomina del Sindaco metropolitano.

Sul punto, si osserva che di grande impatto sono le norme che disciplinano le modalità elettive degli organi metropolitani, con la previsione di due modelli differenti⁵⁷.

Il primo modello, che si può definire modello generale, prevede la nomina a sindaco metropolitano del sindaco del Comune capoluogo, l'elezione indiretta del consiglio metropolitano e la nomina di diritto in conferenza metropolitana di tutti i sindaci del territorio.

In tale modello, si crea una stretta connessione tra carica comunale e carica metropolitana, atteso che soltanto sindaci e consiglieri comunali possono ricoprire un ruolo politico nella Città metropolitana, con la

⁵⁵ Ai sensi del comma 21 della legge n. 56 del 2014.

⁵⁶ In dottrina è stato osservato che «occorre al riguardo riflettere sulla natura giuridica dello Statuto, tenendo presente che il percorso dettato per adottarlo, pur prevedendo l'approvazione ad opera della conferenza metropolitana [...] consente una delibera a maggioranza, pur qualificata, e dunque è dubbio che esso possa essere in grado di operare deleghe o trasferimenti di funzioni dai Comuni alla Città metropolitana, come avviene nei casi di altri percorsi aggregativi, dove il passaggio dello Statuto [...] in ciascun consiglio comunale consente invece l'effetto» (P. FORTE, *Il percorso costitutivo delle città metropolitane: nascita di un ente territoriale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2014).

⁵⁷ G. MOBILIO, *Le città metropolitane: dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, Torino, 2017, 431, parla di modello innovativo relativamente al modello individuato come generale dalla legge e di modello della continuità per il modello alternativo ad elezione diretta; C. TUBERTINI, *Il punto sullo stato di attuazione delle Città metropolitane*, cit., invece parla di un modello funzionale e di un modello istituzionale.

conseguenza che venendo meno la carica comunale viene meno anche la carica di sindaco metropolitano.

Si configura così un ente (metropolitano) che è espressione delle esigenze dei Comuni, con grande rilevanza politica al comune capoluogo (o comunque ai comuni di dimensione più grande).

L'opzione di individuare come sindaco metropolitano il sindaco del comune capoluogo avrebbe la *ratio* di evitare contrasti fra i due livelli di governo.

I problemi legati a tale modello sono quello del rischio che la Città metropolitana sia eccessivamente al servizio dei Comuni e quello dello sbilanciamento nella composizione dell'ente in favore del Comune capoluogo (e comunque dei comuni di dimensioni più grandi)⁵⁸.

Al modello appena illustrato si accosta poi un altro modello, definito speciale.

Tale modello prevede l'elezione diretta e a suffragio universale sia del sindaco metropolitano che del consiglio metropolitano.

In particolare, tale possibilità deriva direttamente da una previsione di legge, ossia la disposizione contenuta nel comma 22 della legge Delrio che statuisce espressamente che lo Statuto della città metropolitana «può prevedere l'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano con il sistema elettorale che sarà determinato con legge statale»⁵⁹.

⁵⁸ Oltre al fatto che la mancata previsione dell'elezione diretta degli organi della città metropolitana rischierebbe di delegittimare il nuovo ente.

⁵⁹ È inoltre condizione necessaria, affinché si possa procedere a elezione del sindaco e del consiglio metropolitano a suffragio universale, che entro la data di indizione delle elezioni si sia proceduto ad articolare il territorio del comune capoluogo in più comuni. A tal fine il comune capoluogo deve proporre la predetta articolazione territoriale, con deliberazione del consiglio comunale, adottata secondo la procedura prevista dall'articolo 6, comma 4, del testo unico. La proposta del consiglio comunale deve essere sottoposta a *referendum* tra tutti i cittadini della città metropolitana, da effettuare sulla base delle rispettive leggi regionali e deve essere approvata dalla maggioranza dei partecipanti al voto. È altresì necessario che la Regione abbia provveduto con propria legge all'istituzione dei nuovi comuni e alla loro denominazione ai sensi dell'articolo 133 della Costituzione. In alternativa a quanto previsto dai periodi precedenti, per le sole città metropolitane con popolazione superiore a tre milioni di abitanti, è condizione necessaria, affinché si possa far luogo ad elezione del sindaco e del consiglio metropolitano a suffragio universale, che lo Statuto della città metropolitana preveda la costituzione di zone omogenee, ai sensi del comma 11, lettera c), e che il comune capoluogo abbia realizzato la ripartizione del proprio territorio in zone dotate di autonomia amministrativa, in coerenza con lo statuto della città metropolitana. La possibilità che lo Statuto metropolitano prescriva l'elezione

La *ratio* di fondo è quella di garantire una maggiore forza politica alla città metropolitana, facendo venire meno lo stretto nesso fra le cariche politiche comunali e le cariche politiche metropolitane, immaginando un ente che si ponga come punto di riferimento nella dimensione locale⁶⁰.

In proposito, lo Statuto della Città metropolitana di Milano prevede l'elezione diretta del Sindaco e del Consiglio metropolitano⁶¹, anche se autorevole dottrina ha osservato che «*il meccanismo, tuttavia, è per il momento del tutto inefficace, stante l'assenza della necessaria futura legge statale di disciplina del sistema elettorale applicabile*»⁶².

Ciò premesso, ad oggi tutte le Città metropolitane delle Regioni ordinarie si sono dotate di uno Statuto; per le Città metropolitane delle Regioni a Statuto speciale, invece, la situazione è leggermente diversa.

Più precisamente, le Città metropolitane di Palermo e di Messina si sono dotate di un proprio schema di Statuto ad oggi non ancora approvato dalla Conferenza metropolitana dei Sindaci⁶³.

La Città metropolitana di Catania invece non ha neanche lo schema di Statuto⁶⁴.

diretta e a suffragio universale del Sindaco metropolitano è subordinata ad una serie di vincoli stringenti che ne rendono l'attuazione non facile. È invero necessaria l'approvazione di una legge statale che determini il sistema elettorale (E. FURNO, *Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali*, in www.federalismi.it, n. 1, 2015).

⁶⁰ A tale proposito, si osserva che il legislatore del 2014 ha previsto l'opzione per tale modello speciale a presupposti rigorosi, ossia lo scorporo del Comune capoluogo in più Comuni.

⁶¹ L'art. 20 prevede che «*il Sindaco metropolitano è eletto a suffragio universale*»; il successivo art. 24 dispone poi che «*il Consiglio metropolitano è eletto a suffragio universale e diretto dai cittadini iscritti nelle liste elettorali dei comuni facenti parte del territorio metropolitano*».

⁶² G.F. FERRARI, *Le città metropolitane in Italia*, in www.federalismi.it, n. 4, 2022, 418.

⁶³ A tale proposito è stato osservato che «*se le Città metropolitane sono state configurate dalla legislazione statale come enti intermedi dotati di specifici compiti per lo sviluppo economico e competitivo del territorio, il ritardo del legislatore siciliano, in una Regione dove le suddette esigenze di sviluppo, com'è noto, sono particolarmente pressanti, appare ancora più ingiustificabile: la transizione verso forme di governo dell'area vasta capaci di affrontare problematiche inerenti il sostegno all'economica e l'attrazione di risorse progettuali [...] richiede che ai nuovi enti si attribuiscono competenze robuste sul piano gestionale e amministrativo, laddove, ad oggi, sembra si sia assistito soltanto ad una modifica formale del nomen iuris delle province*» (O. SPATARO, *L'istituzione dei Liberi consorzi di Comuni e delle Città metropolitane in Sicilia, ovvero della specialità vagheggiata*, cit.).

⁶⁴ Stante tale situazione, in assenza di uno Statuto si applica lo Statuto delle preesistenti Province regionali.

Situazione del tutto diversa invece per la Città metropolitana di Cagliari che è dotata di uno Statuto approvato⁶⁵.

Quando si guarda agli Statuti⁶⁶ delle città metropolitane si può osservare che le scelte effettuate dai vari enti territoriali sono state diversificate.

In particolare, talune Città metropolitane hanno inserito nei propri Statuti le statuizioni sui principi generali; altre, invece, hanno disciplinato negli Statuti le funzioni esercitate dal nuovo Ente, partendo dalle funzioni fondamentali fino a giungere a quelle non fondamentali.

Altro elemento di differenziazione attiene proprio al modello di elezione del Sindaco metropolitano, per il quale alcune Città metropolitane – quali ad esempio Milano e Napoli – hanno previsto nei propri Statuti il sistema di elezione diretta del Sindaco metropolitano (ad oggi però ancora inapplicabile stante l'assenza di una normativa statale di disciplina del sistema elettorale applicabile).

Come ha osservato autorevole dottrina, quello che però ad oggi si registra, è certamente l'assenza di previsioni dettagliate e puntuali circa le modalità di funzionamento degli Statuti delle Città metropolitane⁶⁷.

Si potrebbe forse immaginare una soluzione intermedia rispetto a quelle appena illustrate – modello generale e modello speciale – che possa favorire una più forte legittimazione democratica degli enti metropolitani, con l'elezione diretta degli organi metropolitani, individuando regole che mantengano legami forti fra cariche comunali e cariche metropolitane, limitando l'elettorato passivo agli amministratori degli enti locali.

⁶⁵ Per gli Statuti delle città metropolitane, si rimanda a L. VANDELLI, *L'esperienza degli Statuti delle Città metropolitane*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Nuove province e città metropolitane. Atti del Convegno dell'Unione Province Lombarde, Milano, 15 aprile 2016*, Torino, 2016, 89 ss.; A. LUCARELLI, F. FABRIZZI, D. MONE (a cura di), *Gli statuti delle città metropolitane*, Napoli, 2015.

⁶⁶ Sul punto si leggano i commi 10 e 11 della legge Delrio i quali prevedono che allo Statuto sia attribuita la disciplina sull'organizzazione della città metropolitana oltre ad altri compiti, quali, la regolazione delle modalità e degli strumenti di coordinamento dell'azione complessiva del governo metropolitano; la disciplina dei rapporti tra Comuni e città metropolitane in ordine alle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni metropolitane e comunali; la previsione della costituzione di zone omogenee per l'esercizio di specifiche funzioni e la regolazione delle modalità in virtù delle quali i Comuni fuori dal territorio metropolitano possono accordarsi con l'ente metropolitano.

⁶⁷ G.F. FERRARI, *Le città metropolitane in Italia*, cit., 420.

4. *Quali funzioni il legislatore attribuisce alle Città metropolitane?*

Un aspetto che merita di essere analizzato è senza ombra di dubbio quello delle funzioni amministrative attribuite alle nuove realtà locali.

Prima di soffermarci puntualmente su tale aspetto, pare opportuno inquadrare più in generale la categoria giuridica della funzione amministrativa, che è quell'elemento proprio dell'ente pubblico, che indica lo scopo dell'attività svolta in via autoritativa.

La funzione amministrativa è pertanto un elemento essenziale dell'ente pubblico, al quale consente di poter soddisfare i bisogni della comunità di riferimento⁶⁸.

Le funzioni sono perciò modellate sulla tipologia di soggetto pubblico, con attenzione al ruolo attribuito a tale soggetto dalla legge: tutto ciò perché finalità e funzioni sono strettamente collegati, atteso che è per mezzo delle funzioni che l'ente pubblico può perseguire il proprio scopo, che consiste nella tutela del pubblico interesse.

Restringendo l'ambito di esame e guardando quindi agli enti locali, ai sensi della legge n. 131 del 2003⁶⁹, le funzioni amministrative fondamentali sono quelle connaturate alle caratteristiche proprie, essenziali per il funzionamento dell'ente, per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento⁷⁰.

Inquadrate in linea generale le funzioni amministrative, per quanto attiene nello specifico all'esame di tali funzioni attribuite alle Città metropolitane, si osserva che il legislatore della legge Delrio ha dedicato grande attenzione alle funzioni fondamentali⁷¹ da attribuire

⁶⁸ Autorevole dottrina sul punto ha osservato che le funzioni amministrative possono consistere sia in «attività propriamente giuridiche (contratti, negozi unilaterali, atti e provvedimenti amministrativi, etc.) sia di attività materiali (operazioni e prestazioni)» con esclusione della funzione regolamentare, ossia quella rivolta a «stabilire la normazione secondaria nelle diverse materie di competenza dei diversi enti di governo» (V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI, *Normazione e amministrazione nel suo assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in www.asstrid-online.it, 43).

⁶⁹ L. 5 giugno 2003, n. 131, *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, in G.U. n. 132 del 10.6.2003.

⁷⁰ Gli elementi che caratterizzano le funzioni fondamentali sono la loro strumentalità alla vita dell'ente e la loro essenzialità per il soddisfacimento dei bisogni primari della comunità.

⁷¹ In particolare, la legge n. 56 ha individuato le funzioni fondamentali nei commi 44 e 85, ma di queste manca ancora la disciplina, demandata alle leggi di settore, da adottarsi da parte dello Stato e delle Regioni, secondo le rispettive competenze per mate-

ai nuovi enti, definendo il loro ruolo amministrativo all'interno del territorio locale.

In particolare, il legislatore si è premurato di definire le finalità istituzionali generali delle Città metropolitane, che ai sensi dell'art. 1, comma 2 della legge in parola consistono nella *«cura dello sviluppo strategico del territorio metropolitano; promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse della città metropolitana; cura delle relazioni istituzionali afferenti al proprio livello, ivi comprese quelle con le città e le aree metropolitane europee»*.

Si evince da tale elenco di finalità che il legislatore ha assegnato ai nuovi enti il perseguimento di interessi generali, per consentire lo sviluppo strategico del territorio e la creazione di un ente di area vasta che potesse realmente collaborare con i Comuni per favorire uno sviluppo economico e sociale quanto più coeso possibile.

A tale proposito, invero, il comma 44⁷² dell'art. 1 della legge Delrio attribuisce alle Città metropolitane – oltre alle funzioni fondamentali⁷³ – nuove funzioni cosiddette metropolitane.

Si viene in tal modo a delineare una sorta di coesistenza dei due aspetti delle Città metropolitane.

Da un lato, i compiti attribuiti alle Città metropolitane si collocano

ria, secondo quanto previsto dall'art. 117 Cost. Più in particolare, il legislatore statale e quello regionale sono chiamati a redistribuire le funzioni già esercitate dalle Province, elevandone la titolarità a livello regionale, demandandola a Comuni o Unioni di Comuni o utilizzando le autonomie funzionali (ai sensi del comma 89). Ciò premesso, però, si osserva che le previsioni (astratte) della legge Delrio attendono ancora di essere attuate, salvo il caso della Regione Toscana e della Regione Liguria, che hanno legiferato dopo l'approvazione degli Statuti della Città metropolitana di Firenze e di Genova.

⁷² In particolare, i commi 44 e 46 dell'art. 1 della legge Delrio attribuiscono alle Città metropolitane le funzioni fondamentali delle Province; le funzioni attribuite alla Città metropolitana nell'ambito del processo di riordino delle funzioni delle Province; le funzioni fondamentali della Città metropolitana, ossia l'adozione e aggiornamento di un piano strategico triennale del territorio metropolitano; la pianificazione territoriale generale, comprese le strutture di comunicazione, le reti di servizi e delle infrastrutture; la strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano; la mobilità e viabilità; la promozione e il coordinamento dello sviluppo economico e sociale; la promozione e coordinamento dei sistemi di informatizzazione e di digitalizzazione in ambito metropolitano; ulteriori funzioni attribuite dallo Stato o dalle Regioni, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

⁷³ Che in realtà già svolgevano in qualità di Province.

all'interno di un rapporto fra popolazione locale e amministrazione; dall'altro lato, le nuove funzioni cosiddette metropolitane incrementano la dimensione dello sviluppo strategico, supportando le istituzioni territoriali nell'area metropolitana e cooperando con le municipalità nello svolgimento delle funzioni loro conferite⁷⁴.

Tale funzione di ausilio ai Comuni è coerente con la struttura della Città metropolitana, rivolta a consolidare il peso decisivo dei Comuni all'interno della circoscrizione metropolitana, tramite una *governance* che esalta la collaborazione tra enti.

Quello che però si sta osservando, è che alcune funzioni sono state soltanto formalmente riallocate alle Città metropolitane, con il ricorso a deleghe all'esercizio della funzione, in una situazione in cui si assiste ad un diffuso riaccentramento del ruolo amministrativo in favore delle Regioni.

Risulta evidente che l'intento del legislatore del 2014 di decostituzionalizzare le Province (cosa che poi come noto non è mai avvenuta), si è tradotto nell'andare ad attribuire alle Città metropolitane le funzioni delle Province – di cui al comma 85 dell'art. 1 – oltre a quelle ritenute fondamentali per le Città metropolitane, conferendo alle Regioni il potere di attribuirne ulteriori con le leggi di riordino.

Ebbene, emerge nei fatti un limite del riparto di funzioni delineato dalla legge Delrio, in quanto alla legge statale e a quella regionale è stato attribuito il compito di individuare il riparto ottimale di funzioni tra enti territoriali, nell'attuazione dei principi di differenziazione, adeguatezza e sussidiarietà.

Analizzando le funzioni fondamentali attribuite alle Città metropolitane, viene in evidenza lo scopo di valorizzare il ruolo caratteristico delle Città metropolitane, in modo particolare quello svolto nei confronti dei Comuni che sono chiamati a prendere parte all'attività di programmazione. Sul punto, un esempio può tornare utile: per le Città metropolitane rilevanza riveste certamente l'attività di pianificazione territoriale⁷⁵.

⁷⁴ Sul punto, G. MOBILIO, *Le città metropolitane*, cit., 425 ss.

⁷⁵ In proposito, il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha chiarito che la materia della pianificazione territoriale svolge un ruolo trasversale, dovendosi intendere non soltanto come «*coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà*», ma anche come «*intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo*» (Cons. Stato, 10 maggio 2012, n. 2710). Sul punto, si rimanda a P. URBANI, *Le funzioni di pianificazione della città metropolitana*, in *www.urbanisticainformazioni.it*, per il quale «*in questa materia [n.d.r., la pianificazione del territorio] il legislatore*

Ed invero, tale attività mediante l'individuazione delle vie di comunicazione, delle reti di servizi costituisce un riferimento per gli atti di pianificazione dei Comuni che fanno parte dell'area metropolitana, in un contesto che richiede coordinamento.

In particolare, con la funzione relativa ai sistemi integrati di gestione dei servizi pubblici, il legislatore della legge Delrio ha voluto attribuire alla Città metropolitana la possibilità di elaborare una *governance* di servizi che potesse realizzare maggiori economie di scala.

Proprio in considerazione delle ampie finalità e funzioni attribuite alle Città metropolitane si può osservare che il legislatore abbia volutamente fatto assumere a tali enti un ruolo determinante non soltanto nella gestione dei servizi, delle infrastrutture e delle reti, ma le abbia volute considerare come soggetti promotori dello sviluppo economico, per attrarre investimenti strategici.

In definitiva, si può affermare che alcune delle finalità appena illustrate sono perseguite mediante funzioni assegnate in via esclusiva alle città metropolitane; altre invece (che dovevano essere loro attribuite a seguito del riordino delle funzioni provinciali) vengono attribuite dallo Stato o dalla Regione con provvedimenti specifici.

Fra le funzioni fondamentali attribuite alle Città metropolitane emerge quella della pianificazione strategica metropolitana.

Tanto è vero che il piano strategico si concretizza come atto di indirizzo della città metropolitana e come documento fondativo rispetto agli altri strumenti di piano, che nei fatti però stenta ad attuarsi concretamente, per la presenza di ostacoli dovuti in particolar modo alla fragilità dell'attuale assetto istituzionale, causato da una notevole indeterminatezza di alcune disposizioni contenute nella legge Delrio.

Ed invero, il modello della Città metropolitana richiederebbe, per un verso, l'istituzione di organi di governo (che ad oggi non sono stati previsti dalla normativa in vigore) idonei a superare l'isolamento della figura del

si è limitato ad individuare la funzione ma non il "tipo" di provvedimento cui consegue l'esercizio della funzione, creando quindi fin da ora, un dibattito che si sarebbe potuto evitare se si fosse operato con maggiore accuratezza. Il riferimento è alla pianificazione provinciale di coordinamento che notoriamente non sarebbe altro che il collaudato istituto del piano territoriale di coordinamento di cui all'art. 20 del TU 267/2000. Ne consegue che se si fosse fatto esplicito riferimento al comma 2 di detto articolo ne sarebbero risultati "per tabulas" i suoi esatti contenuti minimi, evitando così il ricorso a dissertazioni circa il significato del termine».

Sindaco⁷⁶, che in quanto organo monocratico si trova a dover assumere decisioni senza la possibilità di delegare responsabilità a soggetti terzi; per altro verso, la previsione di una adeguata rappresentazione della complessità dei diversi territori facenti parte dell'area metropolitana, mediante modalità elettive del Consiglio metropolitano.

5. *A chi spetta il potere di iniziativa sull'istituzione di una nuova città metropolitana?*

L'esame condotto sulle città metropolitane nell'attuale contesto giuridico consente di effettuare talune riflessioni di carattere generale riguardo all'*iter* da seguire per l'istituzione di una nuova città metropolitana.

La legge Delrio è oggi l'unico riferimento normativo in ordine alle città metropolitane.

Quella legge ha sostituito le previsioni normative preesistenti contenute sia nel testo unico degli enti locali sia nella legge sul federalismo fiscale.

Più in particolare, l'art. 23 del d.lgs. n. 267 del 2000 – abrogato dall'art. 18, c. 1 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 – stabiliva che *«nelle aree metropolitane di cui all'art. 22, il comune capoluogo e gli altri comuni ad esso uniti da contiguità territoriale [...] possono costituirsi in città metropolitana. A tal fine, su iniziativa degli enti interessati, il sindaco del comune capoluogo e il presidente della provincia convocano l'assemblea dei rappresentanti degli enti locali interessati. L'assemblea, su conforme deliberazione dei consigli comunali, adotta una proposta di statuto della città metropolitana [...] La proposta di istituzione della città metropolitana è sottoposta a referendum a cura di ciascun comune partecipante. Se la proposta riceve il voto favorevole della maggioranza degli aventi diritto al voto [...] essa è presentata dalla regione entro i successivi novanta giorni ad una delle due Camere per l'approvazione con legge»*.

L'art. 23 della legge sul federalismo fiscale – articolo anch'esso abrogato dal d.l. n. 95 del 2012, convertito dalla legge n. 135 del 2012 –

⁷⁶ Sul punto, il coordinamento dei Sindaci metropolitani di ANCI, ha elaborato una proposta di revisione della legge Delrio, prevedendo l'istituzione di un organo che affianchi il Sindaco metropolitano nel governo della Città metropolitana, con poteri e deleghe; oltre a semplificazioni e adeguamenti delle procedure di funzionamento degli organi.

prevedeva espressamente al comma 2 che la *«proposta di istituzione spetta al comune capoluogo congiuntamente alla provincia; al comune capoluogo congiuntamente ad almeno il 20 per cento dei comuni della provincia interessata [...], alla provincia, congiuntamente ad almeno il 20 per cento dei comuni della provincia»*.

Il successivo comma 4 poi disponeva che *«sulla proposta di cui al comma 2, previa acquisizione del parere della regione da esprimere entro novanta giorni [...] è indetto un referendum tra tutti i cittadini della provincia»*.

Dalla lettura delle norme appena richiamate si evince chiaramente che il legislatore attribuisse il potere di iniziativa ai fini dell'istituzione di una città metropolitana ai comuni.

Quegli articoli però sono stati abrogati ed oggi l'unico riferimento normativo è contenuto nei commi 5 e ss. dell'art. 1 della l. n. 56 del 2014.

Con la legge Delrio, si è assistito ad un cambiamento radicale in ordine al potere di iniziativa: in nessun comma della legge si rinviene l'attribuzione di tale potere agli enti locali comunali.

Il legislatore del 2014 si sofferma soltanto a stabilire che l'istituzione di una città metropolitana avviene con legge statale, senza alcun richiamo al potere di iniziativa.

In proposito, il comma 5 dell'art. 1 della l. n. 56 del 2014 stabilisce che *«in attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione, le città metropolitane di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria sono disciplinate dalla presente legge, ai sensi e nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 114 e 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione e ferma restando la competenza regionale ai sensi del predetto articolo 117»*.

Sul punto, sorgono degli interrogativi: oggi, il potere d'iniziativa può provenire dal "basso"? Qualora grandi aree urbane volessero dar vita ad una nuova città metropolitana, che margine di iniziativa possono avere?

Il legislatore della n. 56 ha indicato quali sono le città metropolitane, ma nulla ha previsto sulla possibilità di istituirne di nuove.

Stante tale situazione, sarebbe forse necessario un nuovo intervento legislativo che possa esprimere in maniera chiara ed univoca quale sia l'*iter* da seguire per istituire una nuova Città metropolitana.

Il punto da cui partire, ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere rappresentato dalla previsione normativa (contenuta nei commi 5 e 6 dell'art. 1 della legge Delrio) secondo cui le Città metropolitane – una volta istituite

– sostituiscono in tutti i rapporti (attivi e passivi) le omonime Province⁷⁷, coincidendo il territorio della Città metropolitana con quello della Provincia omonima.

Fondamentale a tal proposito risulta la lettura degli artt. 114 e 117 secondo comma, lettera p) della Costituzione.

Più precisamente, potrebbe venire in aiuto la lettura della sentenza n. 50 del 2015 della Corte costituzionale, la quale – chiamata ad affrontare articolate tematiche – si è soffermata anche sulla disciplina delle città metropolitane.

In particolare, in quella pronuncia la Corte ha osservato che il «*novellato art. 114 Cost., nel richiamare al proprio interno, per la prima volta, l'ente territoriale Città metropolitana, ha imposto alla Repubblica il dovere della sua concreta istituzione*»⁷⁸. D'altro canto, a dire della Corte le «*città metropolitane istituite dalla legge n. 56 del 2014, sono destinate a subentrare integralmente alle omonime Province esistenti, la cui istituzione è di competenza statale*».

Ciò premesso (e diversamente non potrebbe essere), ossia che l'istituzione delle città metropolitane spetti al legislatore statale, in virtù delle previsioni *ex art. 117, c. 2, lett. p) Cost.*, ci si chiede se oltre al legislatore, l'iniziativa possa essere riconosciuta anche ad altri soggetti.

Si potrebbe pertanto ipotizzare una strada da seguire che vede l'applicazione analogica dell'art. 133 comma 1 della Cost. (che nulla prevede in ordine alle città metropolitane), in combinato disposto con il comma 6 dell'art. 1 della l. n. 56 del 2014.

Ebbene, nel momento nel quale il legislatore stabilisce che le città metropolitane subentrano alle omonime Province, si potrebbe supporre (stante le differenti funzioni amministrative attribuite alle città metropolitane) che l'*iter* procedimentale da seguire possa essere quello previsto per l'istituzione delle Province.

In particolare, il comma 1 dell'art. 133 della Cost. appena ricordato, come noto, prevede, per quanto qui d'interesse che «*la istituzione di nuove Province nell'ambito d'una Regione [è stabilita] con leggi della Repubblica, su iniziativa dei Comuni, sentita la stessa Regione*».

Ebbene, ai sensi del comma 6, dell'art. 1 della legge Delrio «*il*

⁷⁷ A tale proposito, si osserva che la Città metropolitana non deve risultare una mera riconfigurazione politico, amministrativo e geografica di un Provincia.

⁷⁸ Per la Corte, invero, è proprio «*tale esigenza costituzionale che fonda la competenza legislativa statale relativa alla istituzione del nuovo ente, che non potrebbe, del resto, avere modalità di disciplina e struttura diversificate da Regione a Regione*».

territorio della città metropolitana coincide con quello della provincia omonima, ferma restando l'iniziativa dei comuni, ivi compresi i comuni capoluogo delle province limitrofe, ai sensi dell'articolo 133, primo comma, della Costituzione, per la modifica delle circoscrizioni provinciali limitrofe e per l'adesione alla città metropolitana».

Orbene, in assenza di indicazioni legislative al riguardo, si potrebbe ipotizzare il ragionamento di cui appresso, partendo dal presupposto che per espressa indicazione del legislatore, il territorio delle città metropolitane coincide con quello delle omonime Province.

La seconda parte del comma 6 dell'art. 1 appena richiamato prevede l'iniziativa dei comuni ai sensi dell'art. 133, c. 1 della Cost. per la modifica delle circoscrizioni limitrofe e per l'adesione alla città metropolitana.

È pur vero che il comma 6 prevede l'iniziativa dei comuni per l'adesione ad una città metropolitana già istituita e/o per la modifica di circoscrizioni provinciali limitrofe, ma se è vero che le città metropolitane subentrano (una volta istituite) alle omonime Province in tutti i rapporti attivi e passivi di quest'ultime, dovrebbe essere anche vero che il procedimento di istituzione di una nuova città metropolitana dovrebbe seguire l'*iter* previsto per l'istituzione di una nuova Provincia *ex* art. 133, comma 1 Cost., ai sensi del quale l'iniziativa spetta ai Comuni, sentita la stessa Regione.

E quindi, seppur in maniera estensiva, si potrebbe ipotizzare che seguendo l'interpretazione appena data, possa rivivere il dettato di cui agli artt. 23 del Tuel e 23 della l. n. 42 del 2009 (ormai abrogati, ma che sul punto erano chiari), per i quali l'iniziativa per l'istituzione di una città metropolitana spettava ai comuni.

Tale lettura ad avviso di chi scrive sembrerebbe quella più razionale da seguire, in attesa che il legislatore vada a colmare il vuoto normativo che si è venuto a creare.

6. *Quale futuro per le città metropolitane?*

Come si è avuto modo di illustrare nei paragrafi che precedono, è l'istituzione delle Città metropolitane la parte più innovativa della legge Delrio, verso cui si concentrano sia le aspettative che le curiosità dei

giuristi e degli operatori⁷⁹, nonostante già dagli anni “novanta” tali enti erano stati formalmente introdotti⁸⁰.

Le nuove città metropolitane⁸¹ – così come delineate dalla l. n. 56 del 2014 – avrebbero dovuto considerarsi il vero segnale di cambiamento nel riordino degli enti locali territoriali, anche se appaiono tutt’ora come un elemento del sistema istituzionale italiano legislativamente previsto, ma ancora tutto da costruire⁸².

Definite le città metropolitane come enti di area vasta⁸³ – al pari delle province – la legge Delrio ha attribuito alle città metropolitane il potere decisionale e strategico di sviluppo del territorio. Non a caso le città metropolitane coincidono con i territori maggiormente popolati, che originano un tasso elevato di valore economico.

Ciononostante, oggi, a dieci anni dalla loro istituzione, le città metropolitane fanno fatica a trovare il loro posto nel sistema delle autonomie locali e ad imporsi nella nuova *governance* sia in relazione alle Province e alle Regioni, sia in relazione ai Comuni⁸⁴.

Innanzitutto, si potrebbe sostenere che una delle prime difficoltà del

⁷⁹ G. PIPERATA, *La Città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo il giurista*, cit.. L’Autore a tale proposito ha affermato che «*del resto, conosciamo i comuni e le province (e anche le unioni), in quanto si tratta di enti locali presenti da molto tempo nella nostra tradizione amministrativa e ben definiti a livello legislativo. Viceversa la Città metropolitana è un soggetto del tutto nuovo e indefinito: scomponendolo ci si accorge che il “concetto di città non appartiene al linguaggio giuridico-amministrativo”, che preferisce, invece, il concetto di comune*».

⁸⁰ F. DI LASCIO, *Le città metropolitane*, in M. ALMEIDA CERRADA, C. TUBERTINI, P. COSTA GONÇALVES (a cura di), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Madrid, 2015, 369 ss.

⁸¹ La legge Delrio ha istituito le Città metropolitane di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Napoli, Bari e Reggio Calabria, alle quali si aggiungono le città metropolitane di Palermo, Catania, Messina, Cagliari e Trieste nelle Regioni a statuto speciale.

⁸² La stessa legge Delrio, infatti, presuppone diversi processi di completamento del modello di ente metropolitano che riguardano profili differenti, ossia, quello teorico, quello normativo, quello statutario e quello relazionale (come ha osservato G. PIPERATA, *La Città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo il giurista*, cit.).

⁸³ Anche se non è ancora del tutto chiaro il concetto di area vasta.

⁸⁴ La persistente convivenza fra le Province e le città metropolitane come definite nella legge Delrio – anche a seguito dell’esito del referendum del 2016 – ha prodotto confusione ordinamentale ed una moltiplicazione di oneri, andando in direzione opposta rispetto alla volontà del legislatore di semplificare e rendere più efficienti i livelli di governo locale.

mancato decollo delle Città metropolitane potrebbe essere legato alle sorti delle Province⁸⁵.

La legge Delrio, invero, aveva previsto che le Città metropolitane sostituissero in tutti i rapporti – attivi e passivi – le Province, con una graduale scomparsa di tale ultimo ente.

Ma ad oggi, non essendo venuto meno l'ente Provincia⁸⁶, nei fatti, la città metropolitana non ha potuto affermarsi e svilupparsi nei termini pensati dal legislatore del 2014, comportando tale situazione anche confusione fra l'ente Provincia e l'ente Città metropolitana⁸⁷.

Da quanto illustrato, emerge che molto probabilmente sarebbe opportuno intervenire sulla legge n. 56 del 2014, per colmare le lacune presenti nella legge, cercando di incidere sul livello comunale rafforzando anche il ruolo dei Comuni.

In secondo luogo, in mancanza di una rivisitazione della legge Delrio, si andrebbe incontro ad un certo insuccesso che rischia di consegnare alla collettività una nuova Provincia, definita solo formalmente città metropolitana⁸⁸.

Ed ancora, per comprendere al meglio il ruolo delle Città metropoli-

⁸⁵ Sul punto, si osserva che dopo i vari tentativi di abolizione delle Province e poi di modifica dell'ente Provincia, divenuto ora ente di area vasta, sono numerose oggi le proposte di un ritorno alla vecchia impostazione della Provincia, volendole attribuire nuovamente il ruolo e le funzioni che le erano proprie prima della legge n. 56 del 2014. Ed invero, l'attuale Governo sarebbe dell'idea di conferire nuovamente alla Provincia le configurazioni *ante* legge Delrio a partire dal sistema di elezione del Presidente della Provincia.

⁸⁶ Noto è infatti il tentativo (vano) di giungere all'abrogazione dell'Ente Provincia mediante il *referendum* del 4 dicembre 2016, il cui scopo doveva essere proprio quello di giungere all'abolizione dell'ente provinciale. E noto è anche il suo esito. L'esito del *referendum* costituzionale del 2016 e il conseguente arresto del processo di revisione costituzionale hanno messo in evidenza la necessità di ripensare e valorizzare il ruolo delle Province e delle città metropolitane quali enti di area vasta capaci di apportare contributi rilevanti in termini di coordinamento e programmazione allo sviluppo delle comunità territoriali.

⁸⁷ La confusione fra i due enti è legata al comma 6 della legge Delrio, la quale ha di fatto stabilito che le Città metropolitane prendessero il posto delle Province omonime, coinvolgendo i territori delle *ex* Province. Non solo, alla confusione fra i due enti ha certamente contribuito anche il comma 44 della legge Delrio, che ha attribuito alle città metropolitane anche l'esercizio delle funzioni fondamentali delle Province e quelle ulteriori conferite in conseguenza del processo di riordino delle funzioni non fondamentali delle Province ad opera delle Regioni. E quindi, con tale situazione alle città metropolitane risultano essere state attribuite funzioni in materia di pianificazione territoriale e strategica, promozione e coordinamento dello sviluppo economico, sociale, la mobilità e viabilità, alle quali sono state aggiunte inoltre funzioni proprie storicamente delle Province, quali la gestione delle strade provinciali e l'edilizia scolastica.

⁸⁸ A tale proposito, sarebbe opportuno valorizzare l'ente metropolitano differen-

tane nei termini considerati dal legislatore, sarebbe il caso di utilizzare un metodo casistico, analizzando le singole esperienze concrete per effettuare poi un giudizio di sintesi sugli effetti della riforma del 2014 e valutare quali siano i necessari interventi correttivi sulla stessa.

Non solo. In relazione al concreto funzionamento delle Città metropolitane e alle loro funzioni sarebbe opportuno dettagliare meglio la struttura delle città metropolitane e dei loro organi.

Come visto sopra, infatti, l'assenza di disposizioni in tema di regolazione degli organi metropolitani ha di fatto lasciato libertà agli Statuti delle Città metropolitane di scegliere le modalità di elezione del Sindaco metropolitano⁸⁹.

In proposito, invero, sono state presentate molte proposte di legge aventi ad oggetto proprio la struttura e gli organi delle città metropolitane, con lo scopo di reintrodurre la figura degli assessori a supporto del Sindaco metropolitano; altre invece sono strettamente connesse alla materia di elezione diretta degli organi metropolitani, a testimonianza del fatto che il corretto funzionamento delle città metropolitane risulta essere una questione avvertita da tutti.

In particolare, taluni disegni di legge prospettano l'idea dell'elezione diretta sia del Sindaco⁹⁰ che del Consiglio metropolitano⁹¹.

Rilevante è anche il monito dato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 240 del 2021⁹², nel momento in cui ha esortato il legislatore

ziandolo dagli altri poteri locali, nel senso che le città metropolitane potranno dimostrare di non essere una mera "copia" delle Province. In tale prospettiva, rilevante sarà la capacità dell'ente di saper interpretare ed esercitare le funzioni metropolitane attribuite dalla legge e utilizzare il potere statutario previsto, in modo particolare, per definire i ruoli delle Amministrazioni locali ricomprese nell'area vasta e garantire verso l'esterno un livello adeguato di efficienza nell'adempimento dei compiti metropolitani e locali (G. PIPERATA, *La Città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo il giurista*, cit.).

⁸⁹ Anche se nelle ipotesi in cui lo Statuto della Città metropolitana fosse determinato il sistema di elezione diretta del Sindaco metropolitano, tale sistema rimane ad oggi inefficace in attesa di una legislazione statale che disciplini tale aspetto.

⁹⁰ In dottrina è stato osservato che il coinvolgimento degli enti locali nell'esercizio delle funzioni metropolitane sembra essere considerata come esigenza necessaria da parte di tutti gli statuti, anche in quelli che prevedono come modello l'elezione diretta del sindaco metropolitano (C. TUBERTINI, *La città metropolitana tra Regione, Comuni ed Unioni. Analisi delle relazioni istituzionali*, in *www.urban.it*, 1, 2015).

⁹¹ D.d.l. s. n. 276 del 2018; p.d.l. c. n. 2071 del 2019.

⁹² Si rimanda al paragrafo 2.

nazionale ad intervenire sul sistema di elezione del Sindaco metropolitano⁹³, anche nell'ottica di predisporre una nuova *governance* locale basata sulle esigenze di rappresentanza diretta della comunità politica locale in considerazione alle funzioni attribuite alle città metropolitane.

Altra questione che ad avviso di chi scrive dovrebbe essere affrontata nel breve periodo è quella relativa ai confini dei territori della Città metropolitana, coincidenti ad oggi *ex lege* con quelli delle Province preesistenti, ma non necessariamente corrispondenti alle esigenze effettive delle aree metropolitane.

La risoluzione di tale problematica, ossia quella della delimitazione territoriale delle Città metropolitane, potrebbe consentire un effettivo sviluppo di tale ente territoriale.

Il subentro automatico delle Città metropolitane alle Province, senza un previo mutamento delle circoscrizioni territoriali⁹⁴, è stato da più parti giustificato sia come una necessità di superare l'inerzia degli enti locali interessati dalla riforma legislativa, ma anche come opportunità di consentire ai nuovi enti di divenire immediatamente operativi.

Si potrebbe, pertanto, sostenere che il legislatore non abbia preso in considerazione le alternative che aveva suggerito la dottrina, ad avviso della quale occorreva ipotizzare numerose soluzioni operative all'interno del dibattito per rendere tale ente d'area vasta concretamente capace di sfruttare le potenzialità riconosciute nella loro istituzione⁹⁵.

Era stata ipotizzata l'istituzione di un ente che andasse a sostituire i Comuni facenti parte delle aree metropolitane, creando in tal modo un

⁹³ Le problematiche che coinvolgono le città metropolitane, infatti, sono varie e legate fra loro. In primo luogo, il mancato adeguamento della legislazione nazionale di settore all'esistenza reale delle città metropolitane e alle funzioni e finalità istituzionali riconosciute alle città metropolitane dalla legge Delrio; in secondo luogo, la mancata adozione – ad oggi – della legge elettorale nazionale sulle città metropolitane che rende concretamente inapplicabile la scelta affidata agli Statuti dell'elezione diretta del Sindaco metropolitano e del Consiglio metropolitano. Infine, per ultimo ma soltanto per elencazione, la problematica legata ai ritardi del processo di riordino delle funzioni provinciali, dovuto anche, ma non solo, alle diverse capacità delle Regioni di farsi carico del compito assegnato loro dal legislatore nazionale.

Tali elementi sono certamente rilevanti per comprendere quale sia lo stato dell'arte e quali interventi possano considerarsi necessari per consentire alle Città metropolitane di ricoprire effettivamente quel ruolo che il legislatore aveva loro attribuito.

⁹⁴ C. DEODATO, *Le Città metropolitane*, cit., 25.

⁹⁵ A. POGGI, *I rapporti con il territorio*, in *Oss. sulle fonti*, n. 2, 2018.

unico Comune di dimensioni più grandi, attribuendo le funzioni amministrative ai municipi.

Altra ipotesi individuata – ma anch’essa poi abbandonata – era quella che delineava la creazione di un ente di area vasta sostitutivo della Provincia, con una nuova delimitazione territoriale che potesse includere all’interno della Città metropolitana soltanto i Comuni appartenenti alla prima cintura urbana.

Le opzioni delineate sono state però viste non di buon occhio dal legislatore in quanto fortemente contraddittorie.

In particolare, le Province destinatarie delle modifiche amministrative si caratterizzano per caratteri sociali, economici e demografici molto diversificati fra loro, con la conseguenza che risulta difficile realizzare percorsi di sviluppo uniformi ed efficaci⁹⁶.

Ed ancora, far coincidere il territorio metropolitano con quello delle vecchie Province, ha reso impossibile includere nelle circoscrizioni metropolitane le aree a forte agglomerazione urbana e ha fatto sì che aree rurali (o montane) rientrassero all’interno delle Città metropolitane.

In definitiva, quello che emerge è che la questione delle città metropolitane è di non poco conto e che opportuna risulta essere la rivisitazione nel breve periodo della l. n. 56 del 2014⁹⁷, anche alla luce di un numero crescente di rappresentanti nazionali che supportano i tentativi di ridare alle Province il loro ruolo *ante legge* Delrio⁹⁸, con attribuzione di nuove

⁹⁶ G. TARLI BARBIERI, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria: considerazioni introduttive*, in *Oss. sulle fonti*, n. 2, 2018.

⁹⁷ Si ricorda che il d.l. n. 95 del 2012 ha ridefinito le funzioni delle Province trasferendo le competenze ai comuni nell’ottica di dare piena funzionalità alle città metropolitane che avrebbero determinato la soppressione delle Province nel relativo territorio. Trasferimento poi sospeso fino al 31 dicembre 2013 con l’art. 1, c. 115 della l. n. 228 del 2012. Nelle more della sospensione intervenne la Corte costituzionale con la sentenza n. 220 del 2013 che dichiarò illegittimi i d.l. sopra ricordati per violazione degli artt. 77 e 117 Cost. A seguito della pronuncia della Corte cost. la riforma delle autonomie locali che sarebbe sfociata nella legge Delrio determinò l’attuale assetto funzionale e istituzionale delle città metropolitane e delle Province, qualificandole come enti di area vasta con subingresso delle città metropolitane (se costituite) nei territori della rispettiva Provincia.

⁹⁸ In proposito, si fa riferimento ai vari disegni di legge presentati in Parlamento che vedono la reintroduzione dell’elezione a suffragio universale diretto per i presidenti delle Province e del consiglio provinciale, seguendo lo stesso schema anche per il sistema elettorale delle città metropolitane. Ebbene, la prima Commissione permanente ha preso in

funzioni fondamentali e prevedendo nuovamente l'elezione diretta a suffragio universale del Presidente della Provincia.

Se la Provincia dovesse riacquistare le sue vesti originarie⁹⁹ – ovviamente a seguito di modifiche legislative apportate alla legge n. 56 del 2014 – quale sarebbe il futuro per le città metropolitane?

Ed infine, una riforma sistematica dell'ordinamento degli enti locali sembra imporsi anche riguardo alle prospettive di autonomia differenziata, ai sensi dell'art. 116, c. 3 della Cost.¹⁰⁰

In proposito, le Regioni che hanno avviato iniziative di autonomia differenziata hanno richiesto il riconoscimento di ulteriori competenze anche in materia di ordinamento locale che qualora riconosciute, potrebbero imprimere una profonda riconfigurazione del modello di *governance* locale con coinvolgimento inevitabile delle città metropolitane, delle Province e anche dei Comuni di riferimento, prestando attenzione al fatto che il trasferimento di nuove funzioni non produca nuove sovrapposizioni di competenze e nuovi conflitti fra i diversi livelli territoriali.

Numerose sono quindi le spinte per una riforma della legge Delrio, legate prevalentemente alle criticità evidenziate in ordine al funzionamen-

considerazione numerosi disegni di legge (n. 57, 203, 313, 367, 417, 443, 459, 490 e 556 del 2023) prevedendo una nuova disciplina in materia di funzioni fondamentali, organi di governo e sistema elettorale delle Province e delle Città metropolitane. Si rimanda a C. NAPOLI, *Forma di governo e legge elettorale*, in UPI (a cura di), *La riforma delle Province. Le proposte di legge della XIX Legislatura, I Quaderni della rivista Amministrazione in Cammino*, 2023.

⁹⁹ Dal 2018 (si rimanda a tale proposito al d.l n. 91 del 2018) infatti si è assistito ad una tendenza volta ad una progressiva riqualificazione dell'ente Provincia, poiché si è ritenuto che rappresenti un livello di governo adeguato a far fronte alle esigenze della collettività territoriale per utilizzare infrastrutture e servizi collegati al livello di area vasta. Tanto è vero che lo "svuotamento" dal 2014 del ruolo della Provincia ha dimostrato invece l'utilità dell'esistenza di tale ente, in quanto in grado di rispondere alle esigenze della collettività. Si è visto anche che la Provincia è considerato ancora quell'ente di riferimento per l'intero sistema delle autonomie locali. Ed ecco allora, la nuova prospettiva, frutto dei tentativi di riforma che vuole ridare una dignità istituzionale alla Provincia come ente autonomo, titolare di funzioni proprie svolte nell'interesse della comunità e come soggetto chiamato ad interagire con i Comuni presenti nel proprio ambito territoriale.

¹⁰⁰ L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid rassegna*, 14, 2017; L. VIOLINI, *Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116, c. 3 Cost. (con particolare riguardo al regime dei diritti sociali)*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2008, 87 ss.; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid*, 14, 2017.

to dei livelli di governo locale: è certo invero che l'ente città metropolitana non è stato in grado di ricoprire quel ruolo delineato astrattamente dal legislatore del 2014, che lo voleva come ente che rappresentasse i territori e si ponesse come struttura di coordinamento delle amministrazioni comunali, né tantomeno la città metropolitana è stata in grado di valorizzare i compiti di promozione per lo sviluppo (anche economico) dei territori di riferimento¹⁰¹.

Ecco, quindi, che un ripensamento della legge Delrio si pone come necessario, a seguito però di una indagine conoscitiva dell'assetto territoriale del nostro Paese¹⁰², mediante cui acquisire tutti gli elementi di valutazione idonei ad un intervento riformatore del rapporto fra territorio e istituzioni che sia rappresentativo anche della realtà attuale.

Non bisogna poi dimenticare il ruolo dei Comuni, che appaiono spesso restii a privarsi di centralità – sia di natura politica che di natura amministrativa – in favore di altri enti territoriali, quali appunto le città metropolitane.

Necessario e opportuno per permettere alle città metropolitane di operare efficacemente è consentire alle municipalità di percepire il nuovo ruolo di coordinamento delle città metropolitane come una razionale attribuzione di potere al livello di governo locale più adeguato al perseguimento di politiche efficienti a vantaggio della comunità.

Bisognerebbe quindi, far comprendere ai Comuni il ruolo di sostenibilità e di coesione sociale che dovrebbe essere svolto dalle città metropolitane per uno sviluppo economico e sociale che coinvolga tutti i soggetti presenti nella circoscrizione metropolitana.

In conclusione, come ha osservato autorevole dottrina, *«la città metropolitana potrà avere un futuro se riuscirà ad affermare la sua peculiare identità come ente locale. È forte, infatti, il rischio che il processo di istituzionalizzazione si risolva in un mero passaggio di consegne tra Province e Città metropolitane, ossia un gattopardesco cambio di facciata, forse solo nominalistico. È augurabile che ciò non si verifichi, e soprattutto c'è da sperare che, invece, l'ente metropolitano manifesti la sua innovativa collocazione nell'articolazione e nel governo del sistema dei poteri locali»*¹⁰³.

¹⁰¹ La fretolosità con cui la l. n. 56 ha ridisegnato gli assetti delle Province, e quindi, delle città metropolitane, ha “svuotato” le prime, ma non è stata in grado di finalizzare utilmente le seconde. L'impressione, pertanto, è di un disegno normativo lasciato abbozzato per dare l'input di cambiamento, senza che concretamente le potenzialità delle città metropolitane siano state attivate.

¹⁰² In tal senso, B. CARAVITA DI TORITTO, *Una Commissione parlamentare sulla riforma del Titolo V?*, in *www.federalismi.it*, n. 9, 2021, 3.

¹⁰³ G. PIPERATA, *La Città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo il giurista*, cit..

Abstract

Il presente contributo si propone di esaminare le città metropolitane nell'attuale contesto normativo con particolare riferimento alla legge Delrio. Ci si sofferma, in particolare, sull'esame degli organi metropolitani e degli Statuti delle città metropolitane, riflettendo su quale possa essere il futuro delle città metropolitane in un contesto storico che vede la necessità di rivisitare la legge Delrio anche alla luce delle funzioni amministrative loro attribuite.

Metropolitan cities: regulatory forecasts and reform prospects

The article aims to analyse metropolitan cities in the current regulatory context with particular reference to the Delrio law. We focus in particular on the examination of the metropolitan bodies and their respective Statutes, reflecting on what the future of metropolitan cities could be in a historical context that sees the need to revisit the Delrio law also in light of the administrative functions attributed to them.

I diritti di informazione e partecipazione disegnati dalla Convenzione di Aarhus nel campo dell'energia: strumenti di attuazione per un nuovo paradigma di "democrazia energetica"

di Luca Salvatore Cellura

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive: tutela dell'ambiente, diritti umani e "democrazia ambientale": l'importanza dei diritti procedurali – 2. L'accesso all'informazione e la partecipazione ai processi decisionali: i due pilastri della Convenzione di Aarhus costruiti attraverso la stratificazione normativa multilivello – 2.1. il primo pilastro: l'informazione ambientale – 2.2. il secondo pilastro: la partecipazione – 2.3. Segue: la partecipazione nella prospettiva del diritto interno – 3. L'applicazione dei primi due pilastri di Aarhus alla materia energetica: la partecipazione e l'informazione in materia di attività estrattive e fonti energetiche rinnovabili, tra tendenze accentratrici e opposizioni territoriali – 4. L'informazione e la partecipazione nella pianificazione climatica ed energetica: quale spazio per nuovi modelli di democrazia energetica? – 5. Conclusioni

1. *Premesse introduttive – tutela dell'ambiente, diritti umani, "democrazia energetico-ambientale": l'importanza dei diritti procedurali*

Una delle sfide più complesse poste dal paradigma dello sviluppo sostenibile è senza dubbio quella di bilanciare adeguatamente due interessi che sono stati spesso tratteggiati come contrapposti: da un lato, lo sviluppo economico-sociale, dall'altro, la protezione dell'ambiente¹. La sfida, di per sé sufficientemente ardua, si complica ulteriormente allorché si chiede a questo equilibrio di tenere anche in debita considerazione le esigenze delle generazioni future² – in modo da non compromettere l'equilibrio ecologico del Pianeta che erediteranno – e, al contempo, di considerare anche quelle delle presenti generazioni – in particolar modo il *global south* ed i margini di sviluppo economico cui ha diritto, al pari dei paesi "industrializzati".

La prospettiva dello sviluppo sostenibile pone in luce l'evidente relazione fra protezione dell'ambiente e diritti umani, un collegamento che ha

¹ A. BOYLE, *Human Rights and the Environment: Where Next?*, *European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 3, August 2012, Pages 613–642, <https://doi.org/10.1093/ejil/chs054>

² Così come indicato nel Principio 3 della Dichiarazione di Rio del 1992.

radici risalenti e prestigiose nella “Dichiarazione di Stoccolma” che, nel primo Principio, sanciva l’essenzialità dell’ambiente per l’essere umano, per il “*benessere e [...] pieno godimento dei suoi fondamentali diritti, ivi compreso il diritto alla vita*”³.

Uno dei maggiori pregi di questo inquadramento consiste nel riconoscere i diritti umani come uno strumento per affrontare le questioni ambientali⁴, attraverso la predisposizione di una serie di situazioni giuridiche soggettive di natura sia procedurale che sostanziale.

Ed è proprio con riferimento ai diritti procedurali – come formalizzati dalla fondamentale Convenzione di Aarhus e plasmati dalle normative di attuazione – che intende concentrarsi la presente indagine⁵.

In materia ambientale, la dimensione individuale (attinente ai diritti umani) e quella collettiva (che concerne la partecipazione) sono strettamente legate⁶, secondo una lettura che è stata a più riprese avallata anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, che ha tracciato un chiaro collegamento tra diritti strumentali (come l’accesso alle informazioni e la partecipazione ai processi decisionali) e diritti umani fondamentali⁷.

È a partire da tale assioma che si è evoluto il concetto di sviluppo sostenibile, quale processo partecipativo e basato sul dialogo sociale. È stato così declinato in termini ambientali il principio democratico che riconosce il diritto dei cittadini di prendere parte alle decisioni politiche che li riguardano e ne influenzano la vita⁸, sia attraverso la partecipazione

³ “Dichiarazione delle Nazioni Unite sull’ambiente umano”, Principio 1.

⁴ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, *Analytical study on the relationship between human rights and the environment*, A/HRC/19/34, 16 Dec. 2011.

⁵ Il fondamento di tali diritti va ricercato nel Principio 10 della Dichiarazione di Rio del 1992 sull’Ambiente e lo Sviluppo, che sancisce come “*il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli*”.

⁶ E. ORLANDO, *Il dibattito pubblico nella Convenzione di Aarhus e nella legislazione europea*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, XLI, 3, 2020, pag. 574.

⁷ Vedi, *ex multis*, Corte Europea Diritti dell’Uomo, *Oneryldiz v Turkey* (2005) 41 EHRR 20, par. 62, dove si statuisce che “*public access to clear and full information is viewed as a basic human right*”.

⁸ M. ORELLANA, *Governance and the Sustainable Development Goals: The Increasing Relevance of Access Rights in Principle 10 of the Rio Declaration*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2016, pp. 50-58. 10.1111/reel.12153. In tal senso, v. anche la definizione di partecipazione fornita dalla Banca Mondiale: “*a process through*

politica, sia con riguardo alla partecipazione ai procedimenti amministrativi.

È questa, dunque, la *ratio iuris* della “Convenzione sull’accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l’accesso alla giustizia in materia ambientale”, meglio nota come “Convenzione di Aarhus”, adottata dalla Commissione economica per l’Europa delle Nazioni Unite (UNECE) nel 1998.

La Convenzione ha inteso fornire un meccanismo applicativo al concetto di “democrazia ambientale”⁹, affidandone l’inveramento proprio a quei diritti procedurali che compongono i tre pilastri della Convenzione¹⁰.

Si tratta di quegli stessi diritti procedurali che hanno, da ultimo, trovato un riconoscimento anche all’interno dell’Agenda ONU 2030 sugli obiettivi di sviluppo sostenibile.¹¹

L’impostazione dell’Agenda sancisce una volta ancora, ed inequivocabilmente, l’essenzialità della partecipazione pubblica e del coinvolgimento dei singoli nelle politiche per lo sviluppo sostenibile. D’altro canto, le sfide

which stakeholders influence and share control over development initiatives and the decisions and resources which affect them”, in *World Bank Participatory Development Sourcebook*, 1996, p. XI.

⁹ V. UNECE, “The Aarhus Convention – An Implementation Guide” (2000). In particolare, l’allora Segretario Generale dell’ONU Kofi Annan descrisse la Convenzione come “*the most ambitious venture in environmental democracy undertaken under the auspices of the United Nations*”.

¹⁰ G. PAROLA, *Environmental Democracy at the Global Level: Rights and Duties for a New Citizenship*, Veritas Publishing, 2013.

¹¹ Invero, la partecipazione del pubblico sottende, in maniera trasversale, a tutti i 17 obiettivi dell’Agenda: essa infatti concerne, da un lato, il monitoraggio dell’implementazione degli obiettivi e dei target e, dall’altro, l’accountability di coloro che hanno la responsabilità di implementarli. Tuttavia, ne viene anche riconosciuta l’importanza ex se, consacrando in specifici target che fanno eco ai tre pilastri della Convenzione di Aarhus. Infatti, l’obiettivo 16 (“Pace, giustizia e istituzioni forti”) prevede tre specifici Target che ricalcano i tre strumenti fondamentali formalizzati nella Convenzione di Aarhus: 16.3 “Promuovere lo stato di diritto a livello nazionale e internazionale e garantire un pari accesso alla giustizia per tutti”, 16.7 “Garantire un processo decisionale responsabile, aperto a tutti, partecipativo e rappresentativo a tutti i livelli”, e 16.10 “Garantire un pubblico accesso all’informazione e proteggere le libertà fondamentali, in conformità con la legislazione nazionale e con gli accordi internazionali”. Sul punto v. M. ORELLANA, *Governance and the Sustainable Development Goals: The Increasing Relevance of Access Rights in Principle 10 of the Rio Declaration*, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 25 (1) 2016. DOI 10.1111/reel.12153

poste dallo sviluppo sostenibile impongono decisioni difficili, che trarrebbero enorme giovamento da una legittimazione più ampia possibile: da qui l'enfasi che gli articoli 6, 7 e 8 della Convenzione di Aarhus pongono sui diritti procedurali, che potrebbero fornire degli strumenti partecipativi su cui costruire una base di consenso più ampia di quella tradizionalmente raggiungibile attraverso gli ordinari meccanismi della democrazia rappresentativa, per cercare di colmare il deficit democratico che si registra in materia ambientale¹².

Dunque, in un contesto in cui diritti di carattere ambientale trovano pieno riconoscimento fra i diritti umani fondamentali, il concetto di democrazia ambientale¹³ – essendo l'ambiente un fattore determinante nella vita dei cittadini e delle comunità – assume una pregnanza particolare. Ciò è ben testimoniato dai processi di costituzionalizzazione del “principio ambientalista”¹⁴, che si basano sull'assunto teorico-politico secondo il quale l'ambiente costituirebbe ormai un valore su cui è stato raggiunto un ampio consenso, e dunque andrebbe sottratto alla (schizofrenica) dialettica politica¹⁵. Con l'evidente implicazione che, per intervenire sulla materia, sarebbe necessaria una legittimazione più ampia di quella garantita dalla mera maggioranza parlamentare: donde l'importanza dei diritti procedurali previsti dalla Convenzione, veri e propri strumenti di democrazia partecipativa.

Quando si riflette sulla democrazia ambientale e sui correlati diritti procedurali, particolare rilievo assumono le politiche energetiche, dal momento che uno dei più pressanti problemi ambientali del nostro

¹²A. BOYLE, *op. cit.*, pag. 622.

¹³ Su tale concetto, la bibliografia è molto nutrita. Si rimanda, senza pretese di esaustività, a R. ECKERSLEY, *Environmentalism and Political Theory*. Routledge, London, 1992; T. C. BEIERLE & J. CAYFORD *Democracy in Practice: Public Participation in Environmental Decisions*. Resources for the Future Press, 2002; B. BARBER, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. California University Press, London, 1984; J. NEWIGL & O. FRITSCH, *Environmental Governance: Participatory, Multi-Level – and Effective?*, *Environmental Policy and Governance*, 19, 197. Nel contesto Italiano, cfr. G. PEPE, “La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano.”, in *Federalismi.it* n. 2/2020, pp 179-195.

¹⁴ Per una analisi approfondita della portata della riforma introdotta dalla legge costituzionale 1/2022 cfr., *ex multis*, G. MARCHETTI, *Il “principio fondamentale ambientalista” nella prospettiva multilivello e il suo impatto sull'assetto costituzionale*, Giappichelli, 2024.

¹⁵ A. ANTAL, *The impact of U.S.A. and E.U. on environmental and energy democracy in Hungary*, in *Online Journal Modelling the New Europe*, 17/2015, pp. 13-27.

tempo è costituito dal c.d. cambiamento climatico indotto dalle attività antropiche, fra le quali primeggia l'attività di produzione e consumo di energia. Per tale motivo, una delle chiavi di volta della transizione ecologica è rappresentata dalla questione energetica (*rectius*, la transizione) verso forme di energia meno climalteranti ed inquinanti: un rapporto che è stato efficacemente definito da autorevole dottrina come la “triade inscindibile”¹⁶ energia-ambiente-clima¹⁷. Questa relazione è stata chiaramente evidenziata nel Preambolo dell'Accordo di Parigi¹⁸ – fondamentale tappa del processo di attuazione della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici – quale criterio fondamentale che deve guidare gli Stati nell'elaborazione di politiche e strumenti per affrontare il cambiamento climatico.

La gravità del fenomeno del riscaldamento globale, unitamente all'impatto che le politiche energetiche hanno sulla protezione (o distruzione) dell'ambiente e del clima, ha così favorito la nascita – in seno al dibattito giuridico sulla democrazia ambientale – di una particolare prospettiva che guarda al funzionamento del sistema democratico attraverso il prisma dei modelli economici e giuridici che regolano la filiera energetica. Questa angolazione non prende in considerazione soltanto l'assetto del mercato con riguardo alla decentralizzazione o alla collettivizzazione dei mezzi di produzione dell'energia, ma si interroga anche sulle misure più idonee a promuovere la democratizzazione delle decisioni pubbliche in materia di energia, in modo da coinvolgere il maggior numero possibile di cittadini attraverso gli istituti della partecipazione procedimentale¹⁹.

Si tratta di due paradigmi – la democrazia ambientale e quella energetica – che condividono diversi tratti comuni, il più rilevante dei quali è indubbiamente l'insistenza sui diritti procedurali²⁰. Questo è il motivo per il quale la questione energetica assume un rilievo particolare nella prospet-

¹⁶ M. CLARICH, Energia, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, III, Funzioni amministrative, Milano, 2022, p. 441.

¹⁷ G. D. COMPORI, *Energia ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 3-2022 pag. 643.

¹⁸ V. United Nations Framework Convention on Climate Change, Conference of the Parties, Decision 1/CP.21.

¹⁹ C. KUNZE, S. BECKER, *Energy Democracy in Europe: A Survey and Outlook*, 2014, Rosa Luxemburg Foundation, Bruxelles.

²⁰ K. SZULECKI, *Conceptualizing energy democracy*. *Environmental Politics*, 2017, 27(1), 21–41. <https://doi.org/10.1080/09644016.2017.1387294>

tiva della Convenzione di Aarhus, tanto da spingere alcuni autori a descrivere la democrazia energetica come il “prevalere dei pilastri di Aarhus nel campo della politica energetica”²¹. Secondo questa impostazione, la politica energetica è elemento essenziale e costitutivo della democrazia ambientale, poiché senza sistemi energetici democratici non vi può essere alcuna democrazia ambientale e, spingendosi oltre, in assenza di relazioni democratiche nel campo della protezione ambientale viene messa in discussione la stessa democrazia *tout court*²².

Dunque, la presente trattazione intende – dopo averne brevemente tratteggiato l’evoluzione – indagare in che misura i diritti procedurali di informazione e partecipazione delineati dalla Convenzione di Aarhus – e attuati attraverso la stratificazione multilivello del diritto UE e interno – garantiscano, nel settore energetico, una effettiva partecipazione del pubblico alle scelte amministrative. In particolare, si analizza come l’attuale paradigma acceleratorio della transizione energetica, dettato da preminenti esigenze di decarbonizzazione e sicurezza degli approvvigionamenti, particolarmente in materia di fonti energetiche rinnovabili, stia causando una compressione strutturale di tali garanzie. Ciò, come si argomenterà, attraverso interventi che tendono alla riduzione dei termini per la partecipazione, alla centralizzazione decisionale, e allo spostamento della partecipazione a monte (i.e., la fase pianificatoria) a discapito dei momenti valutativi e consultivi più incisivi che riguardano i singoli progetti. In questo quadro, il principio di “interesse pubblico prevalente” alla realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili rischia di incidere negativamente sulla già fragile effettività dei diritti sanciti nella Convenzione di Aarhus, con inevitabili ricadute in termini di accettazione sociale e conflittualità territoriale.

²¹ Traduzione a cura dell’autore. Il testo originale recita “the prevailing of the Aarhus pillars in the field of energy policy (i.e., energy democracy)”. A. ANTAL, *op. cit.*, pag. 25.

²² *Ib.*

2. *L'accesso all'informazione e la partecipazione ai processi decisionali: i due pilastri della Convenzione di Aarhus costruiti attraverso la stratificazione normativa multilivello*

2.1. *Il primo pilastro: l'informazione ambientale*

In considerazione del livello di complessità raggiunto dalla composita normativa di attuazione della Convenzione, appare opportuno ricostruirne, sebbene per cenni, il quadro giuridico generale.

Come evidenziato, il sistema di diritti ambientali di natura procedurale predisposto dalla Convenzione di Aarhus costituisce la base giuridica per la costruzione di un modello giuridico di democrazia ambientale, in grado di promuovere una maggiore democraticità nei processi di *governance* in materia ambientale, e offrire così un parziale rimedio al “deficit democratico”²³ che contraddistingue le politiche ambientali. Sebbene i primi esperimenti giuridici – come la Dichiarazione di Stoccolma del 1972 – non contenessero espliciti riferimenti alla partecipazione pubblica nella elaborazione di politiche ambientali, prevedevano tuttavia una serie di diritti sostanziali²⁴ – come quello di vivere in un ambiente di qualità²⁵ – che reclamavano uno strumentario adeguato alla loro implementazione e tutela.

I tre pilastri della democrazia ambientale vengono così delineati nella Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo, precisamente al Principio 10, cioè “adeguato accesso alle informazioni concernenti l'ambiente in possesso delle pubbliche autorità”, “possibilità di partecipare ai processi decisionali”, e “accesso effettivo ai procedimenti giudiziari ed amministrativi”²⁶.

²³ G. PAROLA, *op. cit.*, pag. 97. Sulla questione del deficit democratico in materia di ambiente, v. *ex multis*, G. MANFREDI, S. NESPOR, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, in Riv. giur. ambiente, 2010, pp. 293 – 324 e ss., i quali ritengono che il deficit democratico sia, in campo ambientale, condizione in qualche modo fisiologica, per la macroscopica ragione che l'interesse ambientale – in particolar modo nella sua declinazione di tutela del clima – assume evidentemente una dimensione globale o, quantomeno, sovralocale.

²⁴ N. GULLO (2021). *Procedural Rights on Environmental Law*. In N. Gullo (a cura di), *Human Rights and the Environment: Legal, Economic and Ethical Perspectives* (pp. 433-458). Napoli: Editoriale Scientifica.

²⁵ Il riferimento è al Principio 1 della Dichiarazione di Stoccolma del 1972, la quale dichiara che “L'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere”.

²⁶ Nel testo originale in lingua inglese, il principio 10 recita: “At the national level,

Seguendo questa impostazione, la Convenzione si è proposta di riconoscere alcuni diritti procedurali del pubblico – sia come individuo, sia come gruppo sociale organizzato – nel campo ambientale. La Convenzione si concentra sui diritti procedurali, e si premura di esplicitarne il rapporto di strumentalità nei riguardi dei diritti sostanziali²⁷.

Al fine di allargare quanto più possibile la portata della Convenzione, viene fornita all'art. 2 una definizione molto ampia di “autorità pubblica” – individuando così i legittimati passivi nelle amministrazioni di tutti i livelli e soggetti che svolgono funzioni o servizi pubblici in materia ambientale – dal cui novero vengono escluse le istituzioni che esercitano funzioni giudiziarie e legislative. Correlativamente, anche la definizione di “informazioni ambientali” è molto estesa.

Il primo pilastro concerne appunto il diritto di accesso alle informazioni ambientali. La titolarità di tale diritto spetta al “pubblico”, cioè a tutte le persone fisiche e giuridiche²⁸, senza la necessità di addurre alcun “interesse”²⁹. Dal canto suo, la nozione di “informazioni ambientali” concerne sia lo stato degli “elementi ambientali” (come le matrici ambientali: acqua, aria, suolo, etc.)³⁰, sia fattori che possano incidere sull'ambiente (sostanze, energia, rumore, radiazioni), sia attività e provvedimenti – come provvedimenti amministrativi, accordi ambientali, politiche, disposizioni legislative, piani e programmi³¹.

Con riguardo alla gestione e alla circolazione delle informazioni ambientali, si possono distinguere due differenti situazioni giuridiche a carico della pubblica amministrazione: una strettamente passiva, l'altra

each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided.”

²⁷ N. GULLO (2021), *op. cit.*, pag. 437. L'articolo 1 afferma, infatti, che i diritti di accesso alle informazioni, partecipazione e accesso alla giustizia sono mirati alla protezione del “diritto di ogni persona [...] a vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere”.

²⁸ Convenzione sull'Accesso alle Informazioni, la Partecipazione del Pubblico ai Processi Decisionali e l'Accesso alla Giustizia in Materia Ambientale, art. 2, Par. 4.

²⁹ *Ib.*, art. 4. Par. 1, lettera a).

³⁰ *Ib.*, art. 2, par. 3, lett. a).

³¹ *Ib.*, art. 2, par. 3, lett. b).

attiva. La situazione passiva fa riferimento all'obbligo posto sulle autorità pubbliche di rendere disponibili le informazioni ogni volta che siano richieste dal pubblico³².

Questo primo pilastro è stato recepito dal diritto unionale attraverso la Direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale³³.

Dal canto suo, l'ordinamento italiano si è adeguato alla disciplina sancita nella Convenzione di Aarhus con il Decreto legislativo 195/2005, di recepimento della Direttiva 2003/4/CE. Il Decreto, sulla scorta di quanto previsto nella Convenzione e nella Direttiva, stabilisce una nozione ampia di informazione, e prevede che chi richiede l'accesso non debba dimostrare l'esistenza di un interesse giuridico qualificato. È agevole notare qui come la normativa ponga una rilevante deroga a quanto previsto dalla disciplina generale sull'accesso documentale³⁴, contenuta nella legge sul

³² Sono previste, tuttavia, delle ipotesi in cui la richiesta può essere respinta, per particolari esigenze indicate negli artt. 4 e 5: i) ragioni di natura formale, che attengono a motivi organizzativi o procedurali (l'autorità non dispone delle informazioni, la richiesta è generica o irragionevole, i documenti sono in corso di elaborazione), ii) ragioni di natura sostanziale, riguardanti la tutela di rilevanti interessi pubblici e privati (relazioni internazionali, difesa, pubblica sicurezza, giustizia, proprietà intellettuale, privacy, etc.) che giustificano un regime di segretezza. Questi motivi di diniego devono essere interpretati in maniera restrittiva, avendo riguardo all'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione delle informazioni, e all'attinenza delle informazioni all'ambiente. La situazione attiva prende, invece, la consistenza di un vero e proprio obbligo di fare posto sulle autorità pubbliche, che implica una costante attività di raccolta e mantenimento delle informazioni ambientali rilevanti per l'esercizio delle loro funzioni, e la messa a disposizione del pubblico di tali informazioni in modo trasparente e accessibile

³³ In particolare, la Direttiva 2003/4/CE intende garantire il diritto attraverso il perseguimento di due sub-obiettivi fondamentali, in coerenza con quanto stabilito nella Convenzione: i) garantire il diritto di accesso all'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche e stabilire termini, condizioni di base e modalità pratiche per l'esercizio, (art. 1, punto a), rendendo disponibili le informazioni ai richiedenti, che non sono tenuti a dichiarare il proprio interesse (art. 3, par. 1); ii) garantire la progressiva e sistematica diffusione al pubblico della più ampia informazione ambientale (art. 1, punto b).

³⁴ Che, si ricorda qui, ai sensi dell'art. 22 della l. 241/1990, richiede "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". Sull'istituto in parola si rinvia, fra i molti, a M. MAGRI, *Il diritto di accesso documentale*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, 2022 (pp. 341-353), Maggioli; A. SIMONATI, *I diritti di accesso" a contenuto*

procedimento amministrativo n. 241/1990: come chiarito dalla giurisprudenza, l'accesso in materia ambientale non richiede motivazioni precise né la dimostrazione dell'interesse, poiché l'ambiente è "bene giuridico protetto dall'ordinamento"³⁵, la cui tutela ha ormai, si potrebbe aggiungere, indiscutibile rango costituzionale alla luce della modifica che ha interessato l'art. 9 della Carta fondamentale³⁶. Inoltre, occorre evidenziare come la nozione di informazioni ambientali di cui al Decreto ricomprende anche le informazioni che richiedono una attività elaborativa da parte dell'amministrazione, così garantendo – anche su questo versante – una tutela più ampia di quella prevista dalla disciplina sull'accesso documentale prevista dalla legge 241/1990, che riguarda solamente i documenti già formati.

Sono previste comunque delle cause di esclusione del diritto d'accesso³⁷ per ragioni di natura organizzativa o procedurale, e ragioni attinenti alla tutela di rilevanti interessi pubblici e privati. Il diniego va interpretato in maniera non restrittiva, effettuando una valutazione ponderata fra l'interesse pubblico all'informazione ambientale e l'interesse tutelato dall'esclusione dall'accesso. Viene comunque effettuato un bilanciamento *ex lege* ove si prevedono alcune ipotesi specifiche in cui, pur vertendosi in tema di rilevanti interessi pubblici e privati, la richiesta di accesso non può essere respinta qualora riguardi informazioni su emissioni nell'ambiente³⁸. Viene, inoltre, dedicato un articolo alla diffusione delle informazioni³⁹, ponendo

generale": spunti per un'analisi in parallelo. Il Diritto Dell'economia, 2022;2022(1):201-18; S. FOA, *La nuova trasparenza amministrativa. Diritto amministrativo*, 2017(1):65-99.

³⁵ V. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 17/03/2014, n. 809.

³⁶ Sulla riforma costituzionale, fra i tanti interventi, si segnala: M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad. cost.*, n. 3/2021, p. 285 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., p. 123 ss.; 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 AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., p. 49 ss.

³⁷ Decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195 sull' Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, art. 5.

³⁸ V. art. 5, comma 4 del Decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, che fa riferimento alle ipotesi previste nel comma 2, lettere A (riservatezza delle deliberazioni interne delle autorità pubbliche), D (riservatezza delle informazioni commerciali o industriali), F (dati personali), G (chiunque abbia fornito di sua volontà le informazioni richieste), e H (tutela dell'ambiente e del paesaggio).

³⁹ V. D.lgs. 195/2005, Art. 8.

sulle autorità pubbliche l'obbligo di renderle disponibili in apposite banche dati elettroniche, con cui dare notizia di (fra gli altri) autorizzazioni e pareri rilasciati in applicazione delle norme sulla valutazione di impatto ambientale, studi di impatto ambientale, valutazione dei rischi, accordi in materia ambientale⁴⁰.

Si tratta di una disciplina particolarmente originale, che ha introdotto una specie di accesso generalizzato *ante litteram*, seppur limitato alla sola materia ambientale⁴¹, la cui carica innovativa è venuta meno solamente con l'introduzione dell'accesso civico generalizzato ad opera del c.d. *freedom of information act*⁴². Al netto di condivisibili preoccupazioni per la possibile sovrapposizione fra le varie forme di accesso, che potrebbe produrre una "rarefazione della speciale forma di accesso alle informazioni ambientali"⁴³, occorre evidenziare come si tratti di uno di quei casi in cui il diritto ambientale si è posto come "diritto-sonda", con cui si sono sperimentati istituti e categorie che poi sono stati generalizzati⁴⁴.

A livello generale, il diritto di accesso alle informazioni viene anche ribadito nell'art. 3-sexies del d.lgs. n. 152/2006, c.d. T.U. ambiente. La previsione è particolarmente significativa, in ragione della sua collocazione sistematica⁴⁵, e della nettezza della formulazione, che fa riferimento al "chiunque" e alla non necessità di dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, ai fini dell'accesso.

⁴⁰ Per l'elenco completo, si rinvia all'art. 8, comma 3 del D.lgs. 195/2005.

⁴¹ L'innovatività della disposizione è ben evidenziata da E. Belisario e G. Romeo: "Mentre su tutti gli altri fronti l'Italia è ancora nelle pastoie della legge 241 del 1990, che obbliga chi chiede un'informazione a dimostrare che ha un interesse legittimo e qualificato per conoscerla, il decreto legislativo n.195 del 2005, nel suo terzo articolo, è anni luce più avanti: l'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse". E. BELISARIO, G. ROMEO, *Silenzi di Stato*, Chiarelettere Editore, 2016 cit., pp. 69-70.

⁴² La nuova impostazione è stata introdotta con il Decreto legislativo 25 maggio 2016 n. 97, recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

⁴³ G. PIZZANELLI, *Il contributo dell'accesso alle informazioni ambientali alla tutela del patrimonio pubblico*, in *Nuove autonomie*: XXIX, 1, 2020, pag. 98.

⁴⁴ V. G. PIZZANELLI, *op. cit.*, p. 99. V. anche R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Diritto e società*, 2006, p. 510.

⁴⁵ La disposizione è infatti posta nella Parte prima – Disposizioni comuni e principi generali.

2.2. *Il secondo pilastro: la partecipazione*

Il secondo pilastro concerne la partecipazione del pubblico alle procedure amministrative, programmatiche e normative. Nell'ambito di questo pilastro si possono individuare tre modelli fondamentali di partecipazione.

La prima categoria concerne le procedure decisionali, perlopiù di natura autorizzativa o preordinate al rilascio di permessi, riguardanti attività specifiche, come quelle individuate nell'allegato I della Convenzione⁴⁶. In questo caso, la Convenzione dispone che il pubblico interessato debba essere informato già nella fase iniziale – in maniera adeguata e tempestiva – su certi aspetti, come il tipo di attività proposta e l'autorità dotata di potere decisionale⁴⁷. Questa partecipazione va garantita nella fase iniziale, quando cioè tutte le opzioni sono ancora aperte e pertanto la partecipazione può influenzare effettivamente la decisione finale⁴⁸, della quale si dovrà peraltro informare prontamente il pubblico, corredandola delle motivazioni che ne costituiscono il fondamento⁴⁹. Inoltre, il pubblico interessato deve poter accedere a tutte le informazioni rilevanti per la procedura, come ad esempio il sito dell'attività, le sue caratteristiche tecniche, gli effetti sull'ambiente. Vale la pena sottolineare come, attesa la particolare complessità della materia e dunque la concreta possibilità che la mera pubblicità non sia sufficiente, va redatta anche una sintesi non tecnica il cui scopo, in ossequio al principio di trasparenza, è quello di rendere intellegibili dati che usualmente sono di difficile comprensione per il comune cittadino⁵⁰. Infine, è sancito che le procedure di partecipazione devono consentire al pubblico (non, si badi bene, il “pubblico interessato”)⁵¹ di presentare osservazioni, informazioni, analisi, pareri, per iscritto

⁴⁶ L'Allegato, che elenca una serie di attività di rilevante incidenza ambientale, individua, fra le altre, una serie di attività particolarmente impattanti appartenenti al settore energetico (come ad esempio quelle svolte da raffinerie, centrali termiche e nucleari) e a quello minerario ed estrattivo, alle cui procedure autorizzative deve poter partecipare il pubblico. V. Art. 6 par. 1, della Convenzione di Aarhus.

⁴⁷ *Ib.*, Art. 6 par. 2.

⁴⁸ *Ib.*, Art. 6, par. 8.

⁴⁹ *Ib.*, Art. 6, par. 9.

⁵⁰ *Ib.*, art. 6, par. 6. Sulla differenza fra pubblicità e trasparenza, e sulla sintesi non tecnica quale esempio del principio di trasparenza, si veda F. DE LEONARDIS, *Tra obblighi di trasparenza e diritto alla riservatezza: verso una trasparenza di tipo “funzionale”*, *Giornale Di Storia Costituzionale*, 31, I, 2016, p. 175–184.

⁵¹ Il paragrafo 7 dell'articolo 6 della Convenzione fa qui riferimento, a differenza dei

o in udienze pubbliche⁵². Infine, a chiusura del sistema ed in quell'ottica di strumentalità sopra menzionata, si assicura come l'elemento procedurale ("i risultati della partecipazione") venga asservito a quello sostanziale ("adozione della decisione") attraverso la disposizione che prevede come nella decisione debba tenersi adeguatamente conto dei risultati della partecipazione del pubblico, in modo da garantire adeguatezza ed effettività⁵³ dello strumento partecipativo.

La seconda categoria riguarda la partecipazione in piani, programmi e politiche in materia ambientale, e mira a consentire al pubblico la partecipazione all'elaborazione dei piani e programmi "in un quadro trasparente ed equo", dopo avergli fornito le informazioni necessarie.

La terza categoria, infine, concerne l'elaborazione di "regolamenti di attuazione e altre norme giuridicamente vincolanti".

Dunque, il secondo pilastro appena evidenziato è stato parzialmente recepito dal diritto unionale con diversi provvedimenti normativi. Infatti, l'esigenza di garantire la partecipazione ad attività specifiche (art. 6 della Convenzione) è stata recepita dall'art. 6 della Direttiva sulla valutazione di impatto ambientale⁵⁴.

La seconda categoria (partecipazione all'elaborazione di piani, pro-

precedenti, al "pubblico" e non al "pubblico interessato", lasciando intendere dunque, almeno con riguardo alla partecipazione in senso stretto disciplinata da questo paragrafo, un allargamento della platea dei partecipanti.

⁵² V. Convenzione di Aarhus, art. 6, par. 7.

⁵³ M. DELL'OMARINO, *La funzione democratica della partecipazione al procedimento: alcune considerazioni a partire dalle recenti riforme in materia di dibattito pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 11 2024, pag. 7.

⁵⁴ Direttiva 2011/92/UE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, così come emendata dalla Direttiva 2014/52/UE. Per il vero, la partecipazione pubblica in materia ambientale veniva prospettata nel diritto europeo già prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Aarhus. La Direttiva 85/337/Cee, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, all'art. 6 poneva un "obbligo di vigilanza" sugli Stati membri, sulla possibilità del pubblico interessato di esprimere parere prima dell'avvio del progetto. Questa pionieristica previsione era però castrata dalla facoltatività del regime riguardante le modalità di informazione e consultazione del pubblico. Sulla stessa linea si poneva la Direttiva 96/61/CE sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, con una apposita previsione all'art. 15. Infine, la previsione della Convenzione è stata recepita dalla Direttiva 2003/35/CE sulla partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale, con cui si sono modificate le direttive 85/337/Cee e 96/61/CE.

grammi e politiche in materia ambientale – art. 7 della Convenzione) è stata parzialmente recepita con Direttiva 2003/35/CE riguardante la “partecipazione del pubblico nell’elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale”. La Direttiva recepisce (quasi pedissequamente) l’ampia definizione di pubblico della Convenzione⁵⁵, e di pubblico interessato⁵⁶.

Con riguardo, invece, alla elaborazione delle politiche, non essendosi previsto nella Convenzione di Aarhus un regime di obblighi dettagliati come per i piani e programmi⁵⁷, si è scelto di non recepirne la disciplina.

Per motivi simili, anche la terza categoria citata (cioè, partecipazione del pubblico all’elaborazione di regolamenti di attuazione e/o strumenti normativi giuridicamente vincolanti di applicazione generale – art. 8 della Convenzione) non è stata trasposta: ciò, secondo alcuna dottrina, sarebbe dovuto alla circostanza che la previsione non porrebbe un requisito giuridicamente vincolante, quanto piuttosto delle linee guida per implementare dei meccanismi partecipativi⁵⁸.

2.3. *Segue: la partecipazione nella prospettiva del diritto interno*

Nell’ordinamento italiano, il pilastro sulla partecipazione è stato incor-

⁵⁵ L’art. 2, par. 1 della Direttiva fa riferimento a “una o più persone fisiche o giuridiche nonché, ai sensi della legislazione o prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi di tali persone”.

⁵⁶ L’art. 3, par. 1 lo definisce come “pubblico che subisce o può subire gli effetti delle procedure decisionali in materia ambientale [...] o che ha un interesse in tali procedure”.

⁵⁷ V. art. 6, ultimo capoverso della Convenzione di Aarhus, dove si dice che “Nella misura opportuna, ciascuna Parte si adopera per consentire al pubblico di partecipare all’elaborazione delle politiche in materia ambientale”. Nella Guida all’implementazione della Convenzione, questa differenza è motivata dal fatto che le politiche sono usualmente meno concrete (“*they are typically less concrete than plans and programmes*”) e sono particolarmente dipendenti dal contesto (“*Policies also require a more thorough and profound understanding of the legalities and political context of a particular place*”). Cfr. J. EBBESSON, H. GAUGITSCH, J. JENDROŠKA, F. MARSHALL, S. STEC, “The Aarhus Convention: an implementation guide”, 2nd edition (Geneva: United Nations, 2014), pag. 180.

⁵⁸ In tal senso, v. B. TOTH, “*Public participation and democracy in practice-Aarhus convention principles as democratic institution building in the developing world*”, in *Journal of Land Resources & Environmental Law*, L. 30, 2010, p. 303. Cfr. inoltre V. RODENHOFF, “*The Aarhus Convention and its Implications for the ‘Institutions’ of the European Community*”, in *Rev. Eur. Comp. & Int’l. Env’tl.*, L. 11, 2002, p. 354.

porato principalmente attraverso il codice dell'ambiente, D.lgs. 152/2006.

Innanzitutto, la partecipazione viene sancita a livello di principio all'art. 3-sexies, in cui se ne individua lo scopo nella "collaborazione"⁵⁹ con l'autorità competente alla valutazione ambientale. Così formulato, il principio sembrerebbe riferirsi ad una partecipazione il cui obiettivo principale (se non unico) sarebbe quello di aiutare l'amministrazione nella sua attività istruttoria, e nell'individuazione degli interessi rilevanti ai fini della decisione. Qui, dunque, può muoversi una prima critica alla disciplina della partecipazione: come acutamente evidenziato, in questa definizione non sarebbe riconducibile quella accezione che individua la partecipazione quale "strumento di democrazia, atta a coinvolgere la società civile nei processi decisionali"⁶⁰.

Più specificamente, con riguardo ai piani e programmi, la partecipazione è prevista dalla disciplina sulla valutazione ambientale strategica (VAS), ove si dispone un regime di pubblicazione per il rapporto ambientale⁶¹, ed una fase necessaria di consultazione, in cui chiunque può prendere visione della proposta di piano o programma e del relativo rapporto ambientale e presentare osservazioni⁶², che dovranno essere acquisite e valutate dall'autorità competente⁶³. Come visto nel caso dell'accesso alle informazioni, anche qui la disciplina speciale tratteggiata dal Codice dell'ambiente in attuazione della Convenzione predispone un regime più favorevole rispetto a quello generale previsto dalla legge sul procedimento amministrativo, la quale – si ricorda – esclude *expressis verbis* la tutela particolare apprestata dal capo III con riguardo alla partecipazione del singolo al procedimento, nel caso in cui l'attività amministrativa riguardi gli atti di pianificazione e programmazione⁶⁴.

Con riguardo, invece, alle specifiche attività, si fa riferimento alla

⁵⁹ L'articolo è rubricato "Diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo".

⁶⁰ V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pag. 220.

⁶¹ Il rapporto descrive – a norma dell'art. 13 comma 5-bis del Codice dell'ambiente – i possibili impatti ambientali significativi derivanti dall'attuazione del piano o programma.

⁶² *Ib.*, art. 14 comma 2.

⁶³ *Ib.*, art. 15 comma 1.

⁶⁴ V. MOLASCHI, *The Implementation of the Second Pillar of the Aarhus Convention in Italy: The Need for Reform and for Introduction of the So-Called "Deliberative Arenas"*, in *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Intersentia, 2016. 143-165.

normativa sulla valutazione di impatto ambientale (VIA): oltre alle regole che impongono la pubblicazione dei documenti riguardanti la valutazione (progetto, studio di impatto, sintesi non tecnica, avviso al pubblico⁶⁵), e che riguardano la consultazione pubblica e acquisizione di pareri⁶⁶, si prevede la possibilità per “chiunque abbia interesse” di prendere visione e presentare osservazioni in forma scritta, cui segue la possibilità del proponente del progetto di presentare le proprie controdeduzioni (sempre in forma scritta), secondo un modello di tipo “cartolare” che è stato ritenuto ispirarsi, in qualche modo, al processo civile di cognizione⁶⁷.

È bene precisare che l’effettività di questo modello partecipativo è diffusamente revocata in dubbio dalla dottrina, che evidenzia come esso si dimostri, nella prassi, uno strumento “frusto e scarsamente efficace”⁶⁸, basato com’è sulla presentazione di mere osservazioni scritte⁶⁹. Posizione supportata anche da alcune recenti sentenze del giudice amministrativo, che stigmatizzano la prassi della mancata (o mancata effettiva) considerazione dei contributi del pubblico nella decisione finale⁷⁰.

Alternativamente, la partecipazione in sede di VIA può svolgersi nelle forme dell’inchiesta pubblica, istituto valorizzato dall’introduzione nel Codice dell’ambiente dell’art. 24-bis, che ne ha modificato l’impianto normativo al fine di rimuovere alcune previsioni che ne limitavano fortemente l’effettività⁷¹. In tal modo, si è inteso affiancare (quale alternativa) al

⁶⁵ *Ib.*, art. 23.

⁶⁶ *Ib.*, art. 24. In questo articolo, che recepisce l’art. 6 dell’ultima versione della Direttiva VIA sulla partecipazione ad attività specifiche di cui si è trattato sopra, si è aumentata la confusione facendo riferimento al “pubblico” (comma 2) con riguardo all’informazione, a “chiunque abbia interesse” (comma 3) con riguardo alla partecipazione, ed al “pubblico interessato” con riguardo agli obblighi di pubblicazione su sito istituzionale gravanti sull’amministrazione con riguardo ai risultati della partecipazione e della procedura (comma 7).

⁶⁷ E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una “relazione” problematica*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2 2020, p. 411 e ss.

⁶⁸ Così, G. MANFREDI, S. NESPOR, *op. cit.*, pag. 307.

⁶⁹ V. MOLASCHI, *L’economia circolare nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Ambienteditto*, n. 1 2022, pag. 546.

⁷⁰ Si vedano, ad esempio, le sentenze, emesse a partire dal febbraio 2024, con le quali il T.A.R. Lazio ha annullato il Piano per la Transizione Energetica Sostenibile delle Aree Idonee (“PiTESAI”). In particolare, la sentenza del T.A.R. Lazio N. 2858/2024, fra i motivi di annullamento indicava “la mancata effettiva valutazione, nella fase conclusiva della VAS, dei contributi pervenuti nel corso della consultazione”.

⁷¹ Prima dell’introduzione dell’art. 24 bis, avvenuta con d.lgs. n. 104/2017, la

modulo partecipativo documentale appena illustrato un modello che mira ad instaurare un contraddittorio orale tra amministrazione procedente e pubblico partecipante, introducendo così un “momento partecipativo corale [...] caratterizzato dalla contestualità delle presenze e degli interventi di tutti gli stakeholder”⁷², che si chiude con una relazione sui lavori svolti e un giudizio sui risultati emersi.

Nonostante l'intervento potenziante, permangono criticità applicative con riguardo a questo promettente istituto di partecipazione. Innanzitutto, l'ambito applicativo: l'inchiesta è esperibile solamente nei procedimenti di VIA, e non è prevista per quelli di VAS. Inoltre, e qui si evidenzia la carenza più rilevante, non è stata mai emanata – nonostante l'espressa previsione in sede di modifica legislativa⁷³ – la normazione di dettaglio dell'istituto, privandolo così di una disciplina specifica che individui gli elementi essenziali della procedura, come il soggetto che deve condurla, le modalità ed i tempi. In questo contesto, numerose Regioni – in attuazione della potestà normativa attribuita loro dall'art. 7-bis, comma 8 del codice dell'ambiente – hanno legiferato per dettagliare le procedure di inchiesta pubblica di loro competenza⁷⁴. Ciò ha determinato una situazione per cui, all'assenza di una procedura normativamente compiuta a livello statale, si affianca un quadro di forte frammentarietà e disomogeneità a livello regionale⁷⁵.

disciplina presentava rilevanti criticità, come la possibilità di intervento del pubblico sul solo progetto definitivo, o la mancata interruzione dei termini per l'istruttoria in costanza di inchiesta. Per approfondimenti sul punto, cfr. A. DI MARTINO, *Criticità applicative dell'inchiesta pubblica nel procedimento di VIA disciplinato dal nuovo codice dell'ambiente*, in *Impatto ambientale e bilanciamento degli interessi. La nuova disciplina della Valutazione di impatto ambientale*, Editoriale Scientifica, 2018, pag. 257-271.

⁷² R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto amministrativo*, n. 2 2017, p. 231.

⁷³ Il D.Lgs. n. 104/2017 prevedeva, all'art. 25, comma 7, che le modalità di svolgimento dell'inchiesta pubblica venissero disciplinate con apposito decreto del Ministro dell'ambiente. La previsione è rimasta, tuttavia, inattuata.

⁷⁴ Fra queste, si ricorda: L.R. Liguria n. 29/2017, L.R. Piemonte n. 40/1998, L.R. Veneto n. 4/2016, L.R. Emilia-Romagna n. 4/2018, L.R. Basilicata n. 47/1998, L.R. Abruzzo n. 11/1999, L.R. Toscana n. 10/2010.

⁷⁵ V. G. PIZZANELLI, *L'inchiesta pubblica nel procedimento di valutazione di impatto ambientale tra normativa statale e regionale. La necessità di regolare le modalità di consultazione del pubblico e le prospettive della partecipazione digitale. Analisi di un caso*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2021, pag. 151.

Il quadro normativo nazionale sulla partecipazione è stato arricchito inoltre dall'introduzione del dibattito pubblico⁷⁶, oggi disciplinato all'articolo 40 del d.lgs. 36/2023. Si tratta di un istituto che risponde alla stessa *ratio* dell'inchiesta pubblica, ma che tuttavia si colloca in una fase procedimentale antecedente. Infatti, la partecipazione di cui agli artt. 24 e 24-bis del codice dell'ambiente si svolge nei confronti di una proposta che è stata già definita nei suoi elementi essenziali, mentre il dibattito pubblico prevede un confronto *ex ante*, che riguarda non solo il *quomodo*, ma anche lo stesso *an* dell'intervento⁷⁷, avendo ad oggetto i progetti di fattibilità, ovvero i documenti di fattibilità delle alternative progettuali delle opere⁷⁸.

Il dibattito pubblico è definito come “processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull'opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi”⁷⁹. Allo stato attuale, è previsto un regime obbligatorio solo per le opere di maggiore impatto sociale ed ambientale, fra cui gli elettrodotti aerei e le grandi infrastrutture energetiche, che superino determinate soglie economiche e/o dimensionali⁸⁰, con

⁷⁶ L'istituto è stato introdotto formalmente nel Codice dei contratti pubblici del 2016. In particolare, il dibattito pubblico “all'italiana”, che prende a modello il Débat public francese (secondo alcuni trasposto in maniera “irriflessiva” nel nostro ordinamento: in tal senso, v. G. CITRONI, *Arene e attori del policy dismantling. La parabola del Dibattito Pubblico in Italia*, in Stato e mercato, n. 2 2024, pp. 333-362), viene normato per la prima volta in Italia nel 2007, con la legge regionale n. 69 della Toscana, recante “Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali”, cui sono seguite diverse altre esperienze regionali (Emilia-Romagna, con legge regionale 9 febbraio 2010, n. 3; Umbria, con legge regionale 16 febbraio 2010, n. 14, e Puglia, con legge n. 28 del 13 luglio 2017). L'istituto veniva poi disciplinato a livello nazionale all'art. 22 del precedente Codice dei contratti e dal d.P.C.M. n. 76 del 2018. Per approfondimenti sul dibattito pubblico v., ex multis, D. ANSELMINI, *Il Dibattito Pubblico: profili giuridici*, in Astrid, rassegna n. 21/2016; ID., *Lo stato di attuazione del dibattito pubblico in Italia dopo il correttivo al codice degli appalti: riflessioni sullo schema del D.P.C.M. recentemente proposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*, ivi, n. 14/2017; E. ORLANDO, *Il dibattito pubblico nella Convenzione di Aarhus e nella legislazione europea*, in Istituzioni del federalismo, n. 3/2020, pp. 571-605.

⁷⁷ E. FREDIANI, *op. cit.*, pag. 405.

⁷⁸ Così, da ultimo, l'art. 3 dell'allegato I 6 del nuovo Codice dei contratti, d.lgs. 36/2023.

⁷⁹ La definizione del dibattito pubblico è prevista nell'art. 2, comma 1 del d.P.C.M. 76/2018, recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico.

⁸⁰ Le opere per le quali il dibattito pubblico è obbligatorio sono indicate nella

l'aggiunta di un correttivo che prevede, per zone che presentano particolari esigenze di salvaguardia⁸¹ o in caso di richiesta da parte di enti pubblici o comunità territoriali, un abbassamento della soglia di obbligatorietà⁸².

Viene lasciata alla stazione appaltante, per i restanti casi, la scelta circa l'opportunità – in ragione della rilevanza sociale o dell'impatto sull'ambiente – di promuovere il dibattito pubblico. In coerenza con il già citato principio della “partecipazione anticipata”, è previsto che il coinvolgimento avvenga già nello stadio iniziale della fase progettuale, sia con riguardo allo specifico progetto (progetto di fattibilità) che alla possibilità di valutare alternative ad esso (documento di fattibilità delle eventuali alternative progettuali)⁸³.

Per quanto qui interessa, è stato evidenziato come la sussistenza di soglie particolarmente rilevanti conduce, nella prassi, ad un ambito applicativo molto ristretto con riguardo al campo energetico, in particolare in materia di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili⁸⁴. Questo risultato si pone in evidente contrasto con gli obiettivi programmatici indicati nel Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC), il quale delinea un ruolo fondamentale per l'istituto del dibattito pubblico in

Tabella 1 dell'Allegato I.6 del nuovo Codice dei Contratti. Con particolare riguardo al settore energetico, si fa riferimento a “Impianti insediamenti industriali e infrastrutture energetiche” che richiedano investimenti superiori ai 300 milioni di euro.

⁸¹ In particolare, le soglie indicate nella Tabella 1 si riducono del 50% in caso di siti nella Lista del Patrimonio Mondiale dell'UNESCO, zone tampone UNESCO, parchi e aree marine protette. Cfr. D.lgs. 36/2023, Allegato I.6, articolo 1, comma 2.

⁸² Le soglie indicate nella Tabella 1 si riducono a due terzi nel caso in cui venga fatta richiesta di dibattito pubblico da parte a) della Presidenza del Consiglio dei ministri o dei Ministeri direttamente interessati alla realizzazione dell'opera; b) di un Consiglio regionale o di una provincia o di una città metropolitana o di un comune capoluogo di provincia territorialmente interessati dall'intervento; c) di uno o più consigli comunali o di unioni di comuni territorialmente interessati dall'intervento, se complessivamente rappresentativi di almeno centomila abitanti; d) di almeno cinquantamila cittadini elettori nei territori in cui è previsto l'intervento; e) di almeno un terzo dei cittadini elettori per gli interventi che interessano le isole con non più di centomila abitanti e per il territorio di comuni di montagna. Cfr. D.lgs. 36/2023, Allegato I.6, articolo 1, comma 3.

⁸³ V. D.lgs. 36/2023, allegato I.6, art. 3 “indizione del dibattito pubblico”.

⁸⁴ S. FANETTI, *Energie rinnovabili: politiche e normative per superare le opposizioni locali ai nuovi impianti*, in Rivista giuridica dell'ambiente, n. 3-2022, Editoriale Scientifica Napoli, pag. 771. Come evidenziato dall'autore, nessuno fra i dibattiti in corso o già svolti ha ad oggetto infrastrutture energetiche. Fonte: <https://www.mit.gov.it/documentazione/cndp-commissione-nazionale-dibattito-pubblico>, consultato in data 28.07.2025.

materia di energie rinnovabili, attesa la necessità di coinvolgere i territori sulle cui superfici dovranno essere collocati i numerosi impianti fotovoltaici ed eolici necessari a conseguire gli obiettivi di produzione da fonti rinnovabili⁸⁵.

A questi limiti intrinseci dell'istituto, come la particolare elevatezza delle soglie dimensionali cui è subordinata l'obbligatorietà del dibattito, si è aggiunto un progressivo depotenziamento⁸⁶, che ha portato qualcuno a ritenere che l'istituto, come ormai configurato nel nuovo Codice degli appalti – ove si è eliminata la possibilità di partecipazione del cittadino *uti singulus* – non rispetti i criteri dettati dalla Convenzione di Aarhus e dunque non assolva più alla sua funzione di strumento di democrazia partecipativa⁸⁷.

Inoltre, si segnala l'introduzione – sempre nel Codice degli appalti – di un meccanismo complementare all'istituto del dibattito pubblico, collocato nella fase della progettazione. Infatti, il primo livello di progettazione, cioè il progetto di fattibilità tecnico-economica, deve contenere adesso, fra gli altri documenti, anche la relazione di sostenibilità dell'opera⁸⁸ il cui scopo è, da un lato, quello di offrire un quadro completo sul livello di sostenibilità dell'opera – con particolare riguardo ai suoi aspetti ambientali e sociali e alla minimizzazione degli impatti negativi – e, dall'altro, di indicare quali benefici di lungo termine (cioè i benefici – aggiuntivi rispetto a quelli cui mira primariamente l'opera pubblica – che l'opera intende fornire alla comunità di riferimento in termini di sviluppo) l'opera prevede di apportare. Si tratterebbe di un onere *ad adiuvandum* del dibattito pubblico, poiché si dovranno indicare nella relazione i principali *stakeholders* e i modelli e strumenti con i quali si intende coinvolgerli sin dalla fase di progettazione, in coerenza con le risultanze del dibattito pubblico⁸⁹. Tuttavia, essendosi legato tale onere alle risultanze del dibattito, potrebbe trattarsi di un'arma spuntata, poiché nei (non infrequenti) casi in cui non si dovesse svolgere, la stazione appaltante potrebbe non sentirsi vincolata da tale previsione.

⁸⁵ V. Piano Nazionale Integrato Energia e Clima, nel suo ultimo aggiornamento, datato giugno 2024, pag. 216.

⁸⁶ Si pensi all'introduzione del dibattito “semplificato”.

⁸⁷ M. DELL'OMARINO, *La funzione democratica della partecipazione al procedimento: alcune considerazioni a partire dalle recenti riforme in materia di dibattito pubblico*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 11, pp. 1-23.

⁸⁸ I cui contenuti sono previsti all'Articolo 11 dell'Allegato I.7 del D.lgs. 36/2023.

⁸⁹ V. *Ib.*, comma 1, lettera a).

Infine, occorre dar conto succintamente anche di quei modelli partecipativi che, differentemente da quelli sin qui tratteggiati, hanno natura di processi *bottom-up* (cioè, in cui l’iniziativa può provenire anche dalla società civile, cittadini o associazioni), e in cui gli attori pubblici e privati “dialogano” su un piano di (tendenziale) parità⁹⁰. Fra questi, si segnalano particolarmente i “Contratti di Fiume” (CdF)⁹¹, che si possono definire come “processi di programmazione negoziata e partecipata volti al contenimento del degrado eco-paesaggistico e alla riqualificazione dei territori dei bacini/sottobacini idrografici”⁹². Si tratta, dunque, di uno strumento di natura volontaria, attraverso cui attori pubblici e privati concorrono alla definizione e attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto idrografico⁹³.

L’istituto, formalizzato da ultimo con l’introduzione dell’art. 68-bis nel codice dell’ambiente, costituisce un tentativo di integrare i tradizionali procedimenti pianificatori di bacino, nei quali la partecipazione si esaurisce nella presentazione di osservazioni scritte all’interno della procedura di VAS. Ciò, attraverso una procedura di negoziazione – i cui scopi sono, fra gli altri, la riqualificazione ambientale, la mitigazione del rischio idraulico, e la tutela della qualità delle acque – che ha ad oggetto interventi di

⁹⁰ A. FORMICA, *Il contratto di fiume quale strumento privilegiato per il contrasto al dissesto idrogeologico*, in *Riv. giur. urban.*, 2021, p. 919.

⁹¹ Per una analisi diffusa dell’istituto, si veda: C. LEONE, *I contratti di fiume negli argini del diritto amministrativo*, Napoli, 2024; AA.VV., *I contratti di fiume: riflessioni interdisciplinari*, a cura di C. Leone, Milano, 2024; A. CRISMANI, *Spunti e riflessioni sul modello consensuale nella gestione dei beni pubblici ambientali*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 47; D. D’ORSOGNA, S.S. SCOCA, *Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume*, in *www.nuoveautonomie.it*, n. 2/2023, 461 ss.; M. VERNAROLA, *I contratti di fiume nella pianificazione ambientale*, in *www.ambientediritto.it*, n. 2/2021, 1 ss.; A. PRONTERA, *I contratti di fiume*, in *federalismi.it*, n. 18/2017, 2 ss.; A. FORMICA, *Il contratto di fiume quale strumento privilegiato per il contrasto al dissesto idrogeologico*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 4/2021, 49 ss.; F. PUBUSA, *Forme e strumenti della partecipazione degli interessi diffusi e collettivi nell’azione amministrativa: i “contratti di fiume”*, in *Quaderni di diritto e processo amministrativo*, n. 25/2017 – Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende, 195 ss.

⁹² La definizione è tratta dalla “Carta Nazionale dei Contratti di Fiume”, strumento di *soft law* adottato nel 2010 dal Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume, creato nel 2007 come gruppo di lavoro del Coordinamento Agende 21 Locali Italiane, con l’obiettivo di creare un network al fine di scambiare esperienze e promuovere i Contratti di Fiume sul territorio nazionale.

⁹³ C. LEONE, *I Contratti di Fiume nell’alveo del diritto amministrativo*, in *I contratti di fiume: riflessioni interdisciplinari*, a cura di C. LEONE, Milano, 2024, pag. 88.

contrasto al dissesto idrogeologico, di manutenzione idraulica, ma anche di promozione del territorio (ad es., interventi a scopo turistico), pattuiti fra soggetti di natura pubblica e privata, con correlata assunzione di obbligazioni in capo alle parti⁹⁴.

In questo modo la partecipazione, lungi dal rappresentare un mero apporto dallo scopo meramente collaborativo o rappresentativo di interessi, sfocia in una vera e propria forma di “amministrazione condivisa”, con la quale – in ottica di sussidiarietà orizzontale – si valorizza l’apporto collaborativo dei cittadini⁹⁵. Ciò, attraverso una procedura che non solo può ben originare “dal basso” (cioè, da privati o associazioni), ma che garantisce anche la partecipazione in fase di iniziativa e, dunque, permette di concorrere realmente alla definizione delle decisioni finali. In ciò, si distingue nettamente dalle tradizionali forme partecipative previste dal codice dell’ambiente per le valutazioni ambientali, nelle quali la partecipazione si innesta su decisioni già delineate dall’amministrazione. In tal modo, il CdF concorre alla definizione e attuazione degli strumenti pianificatori di bacino e di sotto-bacino.

Si tratta, per il vero, di un modello partecipativo qualitativamente diverso da quello delineato dagli istituti originati dalla Convenzione di Aarhus, se è vero che “essere parte di un contratto significa stare dentro le politiche” mentre “partecipare significa rivendicare ascolto entro funzioni che restano saldamente pubbliche”⁹⁶. Nonostante il successo e la diffusione dell’istituto⁹⁷, la dottrina è concorde nel ritenere che questo meccanismo non può interamente sostituire gli strumenti pianificatori di bacino.

Dunque, dal quadro generale delineato nella breve ricostruzione sin qui effettuata, emerge come i due pilastri di cui qui si discorre – già come delineati nella Convenzione di Aarhus – siano focalizzati maggiormente sui processi decisionali concernenti attività specifiche e (anche se in misura minore) atti di pianificazione e programmazione, piuttosto che su quelli di alto livello e respiro strategico, come le politiche e gli strumenti normativi giuridicamente vincolanti di applicazione generale. Ciò sarebbe,

⁹⁴ A. FORMICA, *op. cit.*, *ib.*

⁹⁵ V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *www.federalismi.it*, n. 23/2023, p. 167.

⁹⁶ E. BOSCOLO, *I contratti di fiume nella contemporaneità*, in *I contratti di fiume: riflessioni interdisciplinari*, a cura di C. Leone, Milano, 2024, pag. 12.

⁹⁷ Il Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume contava, al 2024, oltre 200 contratti di fiume attivati, di cui 80 sottoscritti: 43 nelle regioni del nord, 27 del centro, 10 del sud.

secondo alcuni, il precipitato di una tradizione europea che tende a garantire al pubblico i diritti di informazione e partecipazione principalmente all'interno delle procedure autorizzative⁹⁸, e secondo un approccio che enfatizza principalmente il coinvolgimento dei singoli nei processi decisionali che riguardano il livello locale⁹⁹.

Può, inoltre, osservarsi come, se sul piano dell'evoluzione normativa (ed in particolare codicistica) la partecipazione è stata progressivamente rafforzata – attraverso la valorizzazione dell'inchiesta pubblica e l'introduzione del dibattito pubblico – su quello dell'effettività la tendenza è affatto diversa.

Invero, gli strumenti in grado di garantire una maggiore effettività ed incisività della partecipazione – cioè gli istituti dell'inchiesta pubblica e, in special modo, del dibattito pubblico – continuano a ricorrere marginalmente nella prassi. Questo significa che, attualmente, la partecipazione in materia ambientale si esplica principalmente nella forma “qualitativamente debole” della consultazione pubblica.

Queste difficoltà sono indicate nell'ultimo Rapporto Nazionale per l'attuazione della Convenzione di Aarhus, nel quale si afferma chiaramente come uno dei punti deboli dei meccanismi partecipativi giaccia proprio nella sua effettività, la cui debolezza sarebbe riconducibile, da un lato, alla mancanza di una propensione culturale e, dall'altro, alla assenza di indirizzi a livello nazionale in materia di partecipazione¹⁰⁰.

⁹⁸ J. JENDROŠKA, *Public participation in the preparation of plans and programs: some reflections on the scope of obligations under Article 7 of the Aarhus Convention* 6(4), *Journal for European Environmental & Planning Law*, (2009), pag. 501.

⁹⁹ V. Nóbrega, *EU climate law through the lens of the Aarhus Convention, Access to Environmental Information and Public Participation in EU Climate Change Decision Making*, 2020, [Doctoral Thesis, Maastricht University], pag. 125. In particolare, l'A. fa riferimento alla teoria della “scala della partecipazione”, menzionata nella prima edizione della guida all'implementazione della Convenzione di Aarhus, secondo la quale, man mano che le questioni diventano più complesse e coinvolgono problemi di livello maggiore, il ruolo decisionale degli individui diminuisce, e correlativamente aumenta quello di autorità pubbliche e poteri politici. V. *The Aarhus Convention: an implementation guide*, 2000, p. 85.

¹⁰⁰ Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, Sesto aggiornamento del Rapporto Nazionale per l'attuazione della Convenzione di Aarhus in Italia, 2025.

3. *L'applicazione dei primi due pilastri di Aarhus alla materia energetica: la partecipazione e l'informazione in materia di attività estrattive e fonti energetiche rinnovabili, tra tendenze accentratrici e opposizioni territoriali*

La Convenzione di Aarhus non contiene nessun riferimento testuale al cambiamento climatico, il che ha ingenerato legittimi dubbi sulla possibilità di ricondurre il problema nella nozione di ambiente adottata da questo trattato. Tuttavia, diverse considerazioni consentono di superare agevolmente questa obiezione. Innanzitutto, nella definizione di “elementi dell’ambiente” fornita nell’art. 2, lett. a) della Convenzione, non si fatica ad annoverare anche il clima, ove lo si intenda quale sistema complesso, consistente di cinque componenti principali e delle loro interazioni: atmosfera, idrosfera, criosfera, litosfera e biosfera¹⁰¹. Inoltre, fra le sostanze che incidono o possono incidere sugli elementi ambientali¹⁰² citati possono senza dubbio individuarsi i gas climalteranti¹⁰³. Infine, per fugare qualunque residuo dubbio, si può citare una decisione del Comitato di controllo della Convenzione di Aarhus¹⁰⁴, nella quale si è specificato che l’obbligo per le autorità pubbliche di raccogliere e diffondere le informazioni ambientali si applica anche nei casi in cui i processi decisionali riguardino progetti di energia rinnovabile¹⁰⁵, e si può ben estendere pure ai calcoli concernenti la CO₂ risparmiata per effetto della costruzione di un parco eolico¹⁰⁶.

¹⁰¹ Si veda, in particolare, la definizione di “*climate system*” fornita dall’*Intergovernmental Panel on Climate Change*. In IPCC, 2013: Annex III: Glossary [Planton, S. (ed.)]. In: *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, pag. 1448.

¹⁰² V. Convenzione di Aarhus, art. 2, lett. a).

¹⁰³ V. Nóbrega, *op. cit.*, pag. 93.

¹⁰⁴ Si tratta di un organo, istituito in ottemperanza dell’art. 15 della Convenzione, il cui ruolo è quello di esaminare le ipotesi di mancata osservanza delle disposizioni del Trattato, e fornire raccomandazioni alla Riunione delle Parti per le decisioni conseguenti.

¹⁰⁵ Si trattava, in particolare, di un progetto riguardante un parco eolico in territorio scozzese. Il progetto è stato ritenuto, dal Comitato di controllo, pienamente rientrante nella previsione di cui all’art. 6, paragrafo 1, lettera a) della Convenzione.

¹⁰⁶ V. United Nations, Economic and Social Council ECE/MP.PP/C.1/2014/5, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2012/68

Essendosi ormai acclarata la riconducibilità della questione climatica all'interno del campo d'azione della Convenzione, emerge chiaramente la pregnanza che i due pilastri della Convenzione di Aarhus rivestono con riguardo alla materia dell'energia.

Con riguardo al primo pilastro, occorre sottolineare come la questione informativa giochi un ruolo fondamentale, per due ordini di motivi.

Innanzitutto, in un ambito ad alta complessità scientifico-tecnologica, quale è quello delle tecnologie energetiche, occorre tentare (per quanto possibile: si tratta, d'altro canto, di settori la cui piena comprensione richiede apposite competenze tecniche), di colmare quel "deficit informativo"¹⁰⁷ che, secondo diversi studi, sarebbe una delle principali cause delle opposizioni locali ai progetti energetici, inclusi quelli ad energia rinnovabile¹⁰⁸. È per tali motivi che, nelle direttive europee emanate per la promozione dell'uso da fonti rinnovabili che si sono succedute, è sempre stato previsto un apposito articolo dedicato alla "informazione e formazione"¹⁰⁹, dove si evidenzia il coinvolgimento delle autorità locali e regionali.

Tale deficit, almeno nel nostro Paese, sarebbe testimoniato da alcune rilevazioni che mostrano come, in materia di energia rinnovabile (categoria che comprende una varietà di forme energetiche tendenzialmente poco complesse dal punto di vista tecnologico) solo poco più della metà degli italiani dichiara un buon livello di conoscenza, e per di più la tendenza non mostrerebbe un aumento rispetto agli anni precedenti¹¹⁰.

concerning compliance by the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

¹⁰⁷ Ci si riferisce, in particolare, al c.d. *information deficit model*, per il cui approfondimento in materia di energia rinnovabile si rimanda a D. BIDWELL, *The Effects of Information on Public Attitudes Toward Renewable Energy*, in *Environment and Behavior*, 2016, 48(6).

¹⁰⁸ Sul tema dell'opposizione locale e del NIMBY si veda, fra gli altri, S. FANETTI, *Energie rinnovabili: politiche e normative per superare le opposizioni locali ai nuovi impianti*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 3-2022, Editoriale Scientifica Napoli, pagg. 780 e ss.

¹⁰⁹ V., in particolare, l'art. 14 della Direttiva 2009/28/CE, cui è succeduto l'art. 18 della Direttiva 2018/2001, così come recentemente modificata dalla Direttiva 2023/2413 (c.d. RED III).

¹¹⁰ Ipsos, Osservatorio gli italiani e l'energia, Forum QualEnergia, XVII edizione, Novembre 2024, reperibile su https://forumqualenergia.it/wp-content/uploads/2024/11/2024-Forum-QualEnergia-report-2024_PER-PROIEZIONE-2-1.pdf. Secondo l'indagine, il 50% degli intervistati ha dichiarato un buon livello di

In questo senso, il primo pilastro svolge una imprescindibile funzione propedeutica per il secondo pilastro (quello partecipativo), dal momento che una partecipazione civica effettiva ed efficace presuppone una previa ed esaustiva informazione e dunque, specularmente, una partecipazione non informata avrebbe natura meramente formale.

È anche per queste ragioni che la disciplina giuridica dell'ambiente è stata una delle prime, e delle più fortemente influenzate, dai problemi legati alle opposizioni delle collettività territoriali ad infrastrutture – in special modo quelle energetiche – necessarie sì allo sviluppo generale, ma che suscitavano preoccupazione per gli impatti ambientali e sulla salute.

Anche al fine di fornire uno strumento per contrastare questo tipo di fenomeni, la Convenzione di Aarhus garantisce la partecipazione del pubblico alle decisioni relative ad attività in materia di energia secondo l'articolo 6, che nell'Allegato I elenca innanzitutto (a rimarcare l'importanza) le attività del settore energetico¹¹¹. Inoltre, vengono elencate alcune lavorazioni non categorizzate che sono comunque rilevanti nel settore dell'energia, come l'estrazione di petrolio e gas.

Quest'ultima, in particolare, è fra le attività più impattanti del settore energetico, e ciò è particolarmente vero con riguardo al c.d. “*upstream* minerario”, cioè la prospezione, ricerca, coltivazione di idrocarburi¹¹². La Direttiva 2013/30/UE sulla sicurezza delle operazioni in mare nel settore degli idrocarburi¹¹³ dedica l'art. 5 alla partecipazione del pubblico riguar-

conoscenza delle energie rinnovabili, mentre solo il 9% ha dichiarato un'ottima conoscenza. Il resto degli intervistati dichiara di saperne poco o nulla. Bisogna tuttavia tenere in considerazione come, attesa la natura tecnologica del tema, occorre prendere *cum grano salis* quelle che sono mere autodichiarazioni di “buon livello” di conoscenza.

¹¹¹ Convenzione di Aarhus, Allegato I, paragrafo 1 che fa riferimento, fra gli altri, al settore energetico, all'industria mineraria, e a quella chimica con particolare riguardo alla produzione di idrocarburi.

¹¹² L'attività di prospezione consiste, come spiegato all'art. 5 della l. 21 luglio 1967, n. 613 (“Ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale e modificazioni alla legge 11 gennaio 1957, n. 6, sulla ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi”) nell'esperienza di “rilievi [...] eseguiti con qualunque metodo e mezzo, escluse le perforazioni meccaniche di ogni specie, intesi ad accertare la natura del sottofondo marino [...]” funzionali alla ricerca di idrocarburi. L'attività di ricerca, invece, riguarda la perforazione e trivellazione di pozzi. Infine, la coltivazione consiste nella estrazione degli idrocarburi dai giacimenti rinvenuti nelle precedenti attività di prospezione e ricerca.

¹¹³ La Direttiva propone un approccio partecipativo alle attività in mare nel settore

dante le operazioni esplorative in mare. Secondo la norma, la perforazione di un pozzo di esplorazione non può essere iniziata se non sono state espletate le procedure atte a garantire una tempestiva ed effettiva partecipazione del pubblico, con riguardo ai possibili effetti sull'ambiente delle operazioni in mare. Si tenta, per questa via, di raggiungere delle soluzioni condivise e assicurare la trasparenza delle procedure, allo scopo generale di promuovere una “collaborazione integrata nella tutela del valore ambientale”¹¹⁴.

La Direttiva è stata recepita in Italia con D.lgs. 18 agosto 2015, n. 145, che all'art. 5¹¹⁵ subordina la possibilità di effettuare le operazioni esplorative alla “partecipazione pubblica”, da esperire con le forme previste dal codice dell'ambiente per le procedure di VIA e VAS, evidenziate *supra*.

Parimenti importante è la partecipazione del pubblico nel procedimento amministrativo con il quale si rilascia il titolo concessorio unico per attività di ricerca, prospezione e coltivazione di idrocarburi, contenuto nell'articolo 38 del c.d. Decreto “sblocca-Italia”¹¹⁶.

Tale articolo ha suscitato dubbi sulla sua costituzionalità poiché avoca a livello centrale delle funzioni amministrative in materia di energia che – a norma dell'art. 117 comma 3 cost.¹¹⁷ – dovrebbero coinvolgere le Regioni interessate. Difatti, il comma 7 è finito sotto la scure della Corte costituzionale, per profili di incompatibilità con gli artt. 117 comma 3 (con riguardo alla competenza legislativa concorrente riguardante la “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”) che conferisce

degli idrocarburi, richiamando la Convenzione di Aarhus nel Considerando (15), e specificamente i già citati artt. 6 (che rinvia all'Annex I all'interno del cui campo rientrano anche le attività dell'industria mineraria e la produzione/coltivazione di idrocarburi) e 7, poiché le attività esplorative possono recare impatti significativi sull'ambiente.

¹¹⁴ S. VACCARI, *Le nuove disposizioni in tema di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi e le problematiche giuridiche connesse*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2015, pag. 72.

¹¹⁵ Anche questo, come nella Direttiva, rubricato “Partecipazione del pubblico riguardo agli effetti sull'ambiente delle operazioni esplorative in mare programmate nel settore degli idrocarburi”.

¹¹⁶ D.L. 12 settembre 2014, n. 133 – “Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive”.

¹¹⁷ La norma in questione dispone infatti che “Sono materie di legislazione concorrente [...] produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”.

la potestà legislativa di dettaglio in capo alle regioni, e l'art. 118, per violazione del principio di sussidiarietà. Ciò, poiché la legge esautorava le Regioni dal procedimento finalizzato all'adozione del decreto con cui si stabiliscono le modalità di conferimento del titolo concessorio, e le modalità di svolgimento delle attività riguardanti l'*upstream* minerario.

Nonostante la (prudente) azione correttiva da parte della Corte¹¹⁸, permangono delle lacune in materia di coinvolgimento ove si consideri che la norma in parola non fa alcun riferimento, sia per le attività *onshore* che quelle *offshore*, al coinvolgimento di enti locali¹¹⁹, collettività o individui interessati, in questo modo creando una lacuna nella complessiva disciplina sulla partecipazione delineata dalla Convenzione di Aarhus¹²⁰.

Un'altra disposizione rilevante per le attività energetiche in spazio marittimo è il Decreto legislativo n. 201 del 2016, che si contraddistingue particolarmente rispetto alle precedenti poiché introduce una disciplina speciale in materia di informazione e partecipazione nei procedimenti di pianificazione dello spazio marittimo¹²¹, che si aggiunge a quella generale apprestata dal codice dell'ambiente.

Infatti, lasciando impregiudicata la partecipazione del pubblico alla

¹¹⁸ La Corte Costituzionale ha, infatti, dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 7 dell'art. 38, con sentenza 23 maggio – 12 luglio 2017, n. 170. Secondo la Corte “Il censurato comma incide sulla materia di competenza concorrente «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», cui ricondurre le attività di prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi sulla terraferma. Rimettendo esclusivamente al Ministro dello sviluppo economico l'adozione del disciplinare tipo [del titolo concessorio unico], realizza una chiamata in sussidiarietà senza alcun coinvolgimento delle Regioni, nonostante l'esigenza della previsione di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, di adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali con conseguente violazione degli artt. 117, terzo comma, e 118 Cost.”

¹¹⁹ I Comuni, infatti, non vengono coinvolti né con riguardo alle attività *offshore*, né con riguardo a quelle *onshore*, non essendo nemmeno interpellati nella fase istruttoria del procedimento per il rilascio del permesso di ricerca in terraferma. Possono, tuttavia, inviare osservazioni alla Regione e intervenire durante il procedimento di VIA. V. Piano per la Transizione Energetica Sostenibile delle Aree Idonee, pag. 7, approvato con D.M. 28 dicembre 2021.

¹²⁰ S. VACCARI, *op. cit.*, pag. 85.

¹²¹ Il Decreto costituisce attuazione della Direttiva 2014/89/UE, che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo. Secondo questo quadro normativo, la pianificazione dello spazio marittimo in Italia si è attuata attraverso l'adozione di tre Piani (per altrettante aree marittime di riferimento: “Mare Mediterraneo occidentale”,

procedura di valutazione ambientale strategica – che deve essere avviata simultaneamente al processo di formazione dei piani di gestione dello spazio marittimo¹²² – il Decreto all’art. 9, comma 1 “assicura la consultazione e la partecipazione attiva del pubblico” nei procedimenti di elaborazione e riesame delle proposte di piani di gestione riguardanti tutte le attività svolgibili nell’ambiente marittimo, fra le quali si segnalano particolarmente, in ragione del loro impatto ambientale e della rilevanza tecnologica ed economica, gli “impianti e infrastrutture per la prospezione, lo sfruttamento e l’estrazione di petrolio, gas e altre risorse energetiche, di minerali e aggregati e la produzione di energia da fonti rinnovabili”¹²³. La previsione introduce dunque un ulteriore livello partecipativo, che permette agli *stakeholders* di intervenire così due volte nella pianificazione: la prima, in fase di elaborazione dei Piani, attraverso la consultazione pubblica appositamente svolta ai sensi dell’art. 9 del Decreto¹²⁴; la seconda, in fase di valutazione ambientale strategica, attraverso la consultazione pubblica che si tiene nella procedura espletata per ciascun Piano di Gestione.

Sul versante del diritto di accesso alle informazioni, il richiamo che l’art. 9 fa all’accesso civico di cui al d.lgs. 33/2013 – attraverso il quale il cittadino può conoscere dati e documenti in possesso della P.A. anche in assenza di un interesse diretto – può ben ritenersi estrinsecazione di quel principio di “democrazia ambientale” che ha quale presupposto strutturale il diritto all’informazione, che non si basa sulla tutela di una posizione giuridica soggettiva, bensì trova fondamento nel generale principio di trasparenza¹²⁵.

“Mare Adriatico”, “Mar Ionio e Mare Mediterraneo centrale”) di durata decennale, che hanno l’obiettivo di fornire indicazioni di livello strategico e di indirizzo per ciascuna area, e che fungono da riferimento per altre azioni di pianificazione (di settore o di livello locale), e per il rilascio di concessioni o autorizzazioni.

¹²² Così come previsto dal par. 18 delle Linee Guida contenenti gli indirizzi e i criteri per la predisposizione dei piani di gestione dello spazio marittimo, approvate con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° dicembre 2017.

¹²³ V. Decreto legislativo 17 ottobre 2016, n. 201, articolo 5.

¹²⁴ L’esito della consultazione, tenutasi dal 15 settembre al 30 ottobre 2022 secondo i termini ridotti in ragione del coordinamento con la disciplina prevista dal codice dell’ambiente (art. 14, comma 3 del d.lgs. 152/06), è visionabile su <https://www.consultazione.gov.it/it/le-consultazioni/le-consultazioni-delle-amministrazioni-centrali/piani-di-gestione-dello-spazio-marittimo/>

¹²⁵ I. A. NICOTRA, *Dall’accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of information act*, in *Federalismi.it*, n. 12/2018, p. 12.

Con riguardo alle attività sin qui trattate – concernenti la filiera dei combustibili fossili, estremamente impattanti e non in linea con i nuovi obiettivi posti dalla transizione ecologica – si può evidenziare come l'apparato normativo approntato dal legislatore europeo ed italiano sia ben consolidato, offrendo uno strumentario astrattamente adeguato a garantire un idoneo livello informativo e partecipativo, in linea con quanto previsto dalla Convenzione di Aarhus. Tuttavia, dal momento che la partecipazione, in tutte queste ipotesi, avviene nella forma “epistolare” della consultazione pubblica, sono qui riproponibili in toto i dubbi evidenziati *supra* sulla effettività della partecipazione.

Diversamente stanno invece le cose con riguardo ai progetti energetici cruciali per la transizione, come quelli aventi ad oggetto la realizzazione di impianti di produzione di energia proveniente da fonti rinnovabili. Il quadro normativo è tuttora oggetto di numerosi interventi legislativi, scaturiti dalla necessità di accelerare le procedure autorizzative per la realizzazione e messa in esercizio di tali impianti, secondo le strategie delineate in numerosi documenti programmatici unionali, fra i quali si segnalano il pacchetto *Fit for 55* e il piano *RePowerEU*.

Il *diktat* europeo sulla semplificazione e velocizzazione delle procedure autorizzatorie riguardanti i progetti di produzione di energia da fonti rinnovabili ha avuto, inevitabilmente, alcuni significativi impatti sui diritti procedurali che qui si trattano.

In tal senso, una prima criticità si appunta sulla partecipazione nelle procedure autorizzative di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili ricadenti nelle c.d. “aree idonee”¹²⁶. Attesa la complessità del quadro normativo in materia, per esigenze di chiarezza e completezza espositiva si ritiene utile riassumerne succintamente la disciplina. È stato infatti recentemente emendato il D.Lgs. 25 novembre 2024, n. 190 (c.d. T.U. Rinnovabili), in cui sono adesso individuate le aree idonee c.d. *ex lege*

¹²⁶ La disciplina delle aree idonee (originariamente prevista nell'art. 22 del Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 199 -Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili), è prevista nel Decreto Legislativo 25 novembre 2024, n. 190, contenente la disciplina dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili. Si tratta di una previsione legislativa che si spinge oltre quanto previsto dalla normazione eurounitaria, poiché nella Direttiva RED l'individuazione di aree idonee è strumentale alla valutazione da parte degli Stati membri del proprio potenziale di produzione da fonti rinnovabili (art. 23, par. 1-ter), e non riguarda dunque il regime autorizzatorio.

ed i principi e i criteri per orientare le Regioni¹²⁷ nell'individuazione (con legge) delle proprie aree idonee, cioè quelle aree nelle quali il principio dell'"interesse pubblico prevalente"¹²⁸ detta una disciplina autorizzativa specifica e semplificata per gli impianti di produzione di energia rinnovabile.

Va evidenziato, innanzitutto ed in senso generale, che nel momento in cui si sancisce a livello legislativo l'idoneità di un sito, si opera un bilanciamento generale ed *ex ante* fra il prevalente interesse alla massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili e gli interessi confliggenti¹²⁹, fra i quali si può ben annoverare quello – sancito dalla Convenzione di Aarhus

¹²⁷ La modifica legislativa ha posto rimedio all'impasse che si era creata nella vigenza della stratificata e disomogenea disciplina previgente. Infatti, prima della modifica, i principi e criteri che dovevano guidare i legislatori regionali nell'individuazione delle aree idonee e non idonee erano contenuti nel D.M. 21 giugno 2024, c.d. "decreto ministeriale aree idonee". Tuttavia, il Decreto è stato impugnato dinnanzi al TAR Lazio, che con sentenza ha annullato i commi 2 – il quale individua i criteri che le Regioni devono seguire per l'individuazione delle aree idonee – e 3 – che individua invece i criteri per le aree non idonee – dell'art. 7, in motivo di una non sufficientemente specifica declinazione dei principi e criteri direttivi indicati nella legge-delega di riferimento (articolo 5, comma 1, lett. a) e b), della legge n. 53/2024, recante "principi e criteri direttivi per l'attuazione della Direttiva 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (c.d. RED). In particolare, il Tribunale ha ritenuto mancare "l'individuazione di criteri tecnici di tipo oggettivo, correlati ad aspetti strettamente inerenti alla tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio artistico-culturale, idonei a guidare le Regioni nell'esercizio delle attribuzioni ad esse spettanti in *subiecta materia*." V. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13/05/2025, n. 9155.

¹²⁸ Il principio di matrice europea – la cui prima formalizzazione (sebbene in uno stato embrionale), si può rintracciare nel Secondo Considerando della Direttiva n. 2001/77/CE sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità ("La promozione dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è un obiettivo altamente prioritario a livello della Comunità") – si ritiene oggi formalizzato nella Direttiva 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, così come modificata dalla Direttiva (UE) 2023/2413 (c.d. RED III) che ha introdotto l'art. 16-*septies*, rubricato per l'appunto "Interesse pubblico prevalente", codificato infine nel nostro ordinamento dall'art. 3 del D.lgs.190/2024.

¹²⁹ Principio generale, quello dell'"interesse pubblico prevalente", che è espressamente sancito nell'art. 3 del Testo Unico Rinnovabili, e che vincola l'amministrazione titolare del potere di autorizzazione a dare priorità, in sede di ponderazione degli interessi del caso concreto, alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

– alla informazione e partecipazione del pubblico che ne esce compreso, se non altro, con riguardo alla questione della localizzazione di tali impianti. Si tratta di una scelta che presenta seri rischi di “indebolire le garanzie partecipative”, poiché si sposta il bilanciamento al di fuori di quel “luogo elettivo di composizione degli interessi”¹³⁰ che è la sede procedimentale¹³¹.

Inoltre, specifiche criticità per la partecipazione si profilano con riguardo alla disciplina autorizzativa nel contesto delle aree idonee. Infatti, da un lato si dispone che l'autorità competente in materia paesaggistica si esprima con parere obbligatorio non vincolante, e si introduce una eccezione al regime di inapplicabilità del silenzio-assenso ai pareri di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica¹³². Dall'altro, per le procedure di autorizzazione unica si prevede un obbligo di riduzione – pari ad un terzo – dei termini del procedimento¹³³.

È proprio quest'ultima previsione a destare perplessità con riguardo ad ambedue i pilastri della Convenzione in oggetto. In particolare, nel caso delle procedure autorizzative che assorbono la VIA, come il procedimento autorizzatorio unico regionale¹³⁴, dei termini così brevi potrebbero non consentire al pubblico interessato quel “tempo sufficiente” per informarsi, prepararsi e partecipare in maniera effettiva ed efficace al processo decisionale che è previsto dalla normativa sulla valutazione di impatto ambientale¹³⁵.

Ancora più incisiva è la limitazione introdotta dal regime semplificato previsto per le c.d. “zone di accelerazione” per le energie rinnovabili. Il regime prevede che, nell'ambito delle aree idonee, vengano individuati, a

¹³⁰ Corte Cost., sentenza 19 maggio 2020, n. 116.

¹³¹ G. PIZZANELLI, *Le zone dedicate alle energie rinnovabili: problemi e prospettive*, in Rivista giuridica di urbanistica, n. 2/2023, p. 305.

¹³² Si fa riferimento qui alla disciplina prevista all'art. 16, comma 3 della legge 241/1990.

¹³³ V. D.lgs. 25 novembre 2024, n. 190, art. 11-quater (rubricato “Disciplina dei regimi amministrativi semplificati per impianti in aree idonee”), comma 1.

¹³⁴ È appena il caso di ricordare che, a mente del D.lgs. 190/2024, ricadono nell'ambito applicativo del PAUR tutti gli interventi che abbiano potenza fino a 300 MW, il che significa che, eccettuati quelli di modesta dimensione, la maggior parte degli impianti di media e grande taglia sono soggetti ad autorizzazione regionale.

¹³⁵ G. PIZZANELLI, *op.cit.*, p. 311-312. In particolare, l'A. solleva legittimi dubbi di compatibilità tra la disposizione acceleratoria posta dall'art. 22 del D.lgs. 199/2021 (ora trasfusa all'art. 11-quater del T.U. Rinnovabili, D.lgs. 190/2024), e le garanzie informative e partecipative poste dall'art. 6 della Direttiva 2011/92/UE sulla VIA.

mezzo di appositi “piani di individuazione”, le zone di accelerazione terrestri (di competenza regionale) e marine (di competenza statale). Questi piani circoscrivono un sottoinsieme all’interno delle aree idonee, all’interno del quale vige un regime ulteriormente accelerato per lo sviluppo di energie da fonti rinnovabili. Questo ulteriore livello di semplificazione, giustificato da una presunzione di assenza di impatti ambientali significativi¹³⁶ prevede che i progetti ricadenti in queste zone siano esentati dalla procedura di VIA¹³⁷, a condizione che vengano previste le misure di mitigazione in sede di VAS¹³⁸.

Pertanto, eliminato il livello partecipativo previsto nella valutazione di impatto ambientale, si fa salvo un *minimum* nella fase pianificatoria, poiché si dispone che i Piani di individuazione delle aree di accelerazione siano sottoposti a valutazione ambientale strategica. Si tratta però di un evidente indebolimento delle garanzie partecipative: non solo si elide completamente uno dei due possibili momenti di intervento del pubblico, ma si relega la partecipazione alla sola consultazione in sede di VAS – (i cui termini procedurali sono, in questo caso, ridotti della metà¹³⁹) che, rispetto alla VIA, presenta indubbiamente minore respiro partecipativo, sol che si consideri la circostanza che, in quest’ultima sede, la consultazione può essere esperita nella più incisiva forma della inchiesta pubblica¹⁴⁰. Inoltre, in questo modo la partecipazione viene impedita nella fase più critica della procedura, cioè la VIA sullo specifico progetto – nella quale, a

¹³⁶ Così, l’art. 15 quater della Direttiva 2023/2413, c.d. RED III.

¹³⁷ V. art. 16-*bis*, par. 3 della Direttiva 2018/2001, come emendata dalla Direttiva 2023/2413.

¹³⁸ Art. 12, comma 10 del D.lgs. 190/2024.

¹³⁹ *Ib.*, art. 12, comma 8, ultimo periodo.

¹⁴⁰ A. DI MARTINO, *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, in Nuove Autonomie n. 3 2017, pag. 538. Certa letteratura che distingue i metodi partecipativi in base alla qualità della comunicazione, colloca sul gradino più basso la consultazione (in cui si soddisfano semplicemente i requisiti minimi della partecipazione), che prevede un mero scambio di informazioni fra il pubblico e il decisore politico, mentre ritiene più efficace la discussione (il cui corrispondente, nel nostro ordinamento, è l’inchiesta pubblica) poiché si genera uno scambio più intenso, che può anche prendere la forma di un contraddittorio fra le avverse posizioni degli *stakeholders* e dei decisori pubblici. Sul punto, v. S. OBERTHÜR, I. VON HOMEYER, L. SCHEWE, B. MOORE, *Public participation in EU climate governance: the underexploited potential of national energy and climate plans*, in Journal of European Integration, 2025, vol. 47, n. 2, p. 260, DOI: 10.1080/07036337.2025.2460194

differenza della VAS, l'oggetto della valutazione è un intervento determinato, con localizzazione precisa e impatti specificamente individuati – che costituisce il presupposto per il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione ed esercizio dell'impianto.

Mossa dalle medesime esigenze – cioè, accelerare le procedure autorizzative – è la recente modifica del Codice dell'ambiente che ha ridotto i termini per la consultazione pubblica nell'ambito della VIA nel caso di progetti compresi nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e per i progetti attuativi del Piano nazionale integrato energia e clima (PNIEC), fra i quali rientrano a pieno titolo i progetti di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili. In queste ipotesi, infatti, i termini sono dimezzati, dagli originali sessanta giorni, a trenta¹⁴¹. Anche qui, con riguardo all'efficacia ed effettività della partecipazione, si manifestano pertanto le medesime perplessità evidenziate precedentemente.

Come emerge dal quadro sin qui delineato, sotto l'egida dell'accelerazione il legislatore ha posto in essere quella che è stata definita “una vera e propria offensiva sul versante della semplificazione”¹⁴² che rischia però di causare danni collaterali ai meccanismi informativi e partecipativi che qui si trattano. Infatti, le compressioni evidenziate possono avere dei riflessi sociali negativi ove si consideri che la partecipazione può contribuire a ridurre quei fenomeni di NIMBY (*not in my backyard*) ed agevolare l'accettazione sociale di progetti riguardanti la produzione di energia rinnovabile. Si tratta infatti di progetti – soprattutto quelli di media e larga scala – che, seppur benefici per l'ambiente poichè funzionali alla riduzione delle emissioni climalteranti, incontrano sistematicamente delle resistenze a livello locale¹⁴³, cui spesso si accompagnano anche i dissensi delle amministrazioni comunali (per le quali si parla di c.d. sindrome NIMTO¹⁴⁴), le

¹⁴¹ Così, l'art. 24, comma 3 del TU ambiente.

¹⁴² G. PIZZANELLI, *op.cit.*, p. 280.

¹⁴³ V. B. CELATI, *La localizzazione degli impianti energetici da fonti rinnovabili nel difficile bilanciamento tra interessi locali e finalità di tipo sistemico*, in “Le Regioni, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale” 5/2023, pp. 1025-1050, doi: 10.1443/113260.

¹⁴⁴ *Not in my term of office* – non durante il mio mandato. Si tratta di un tipo di postura politica – che si ritrova spesso nelle amministrazioni locali – sostanziantesi nel rinviare tutte quelle decisioni ritenute particolarmente controverse, divisive o impopolari (fra le quali rientrano anche quelle concernenti i progetti riguardanti le energie rinnovabili, come ad esempio i parchi eolici) per mantenere alta la popolarità ed il consenso elettorale.

quali non di rado assecondano (o fomentano) il malcontento delle loro comunità di riferimento.

In questo senso, la riduzione dei termini o, peggio ancora, il venir meno di alcuni momenti partecipativi, si assommano ai già noti problemi attinenti alla effettività ed efficacia degli strumenti, per cui la partecipazione dei cittadini prende spesso la forma di mera approvazione di progetti o piani che sono già stati ampiamente definiti dall'amministrazione, che si limita dunque a consultare il pubblico per riceverne, nella migliore delle ipotesi, delle osservazioni che verranno meramente menzionate nella decisione finale. Queste criticità potrebbero comportare ulteriori ripercussioni negative sul grado e la qualità dell'accettazione locale di tali progetti che, come dimostrato in diversi studi, è già di per sé piuttosto bassa¹⁴⁵.

Considerando le dimensioni che il fenomeno NIMBY assume in Italia – un Paese che vede ancora una consistente resistenza nei confronti degli impianti di produzione di energia rinnovabile – ed il rilevante peso percentuale che ha, fra le motivazioni del rifiuto, il mancato o carente coinvolgimento¹⁴⁶, si intuisce facilmente l'importanza di meccanismi partecipativi efficaci.

E tuttavia, non manca chi vede in questa tendenza alla semplificazione e all'allocazione di competenze decisionali a livelli distanti dal cittadino (regionali e statali) una precisa strategia, tesa a tagliare direttamente il nodo gordiano costituito dal fenomeno del "NIMBYsmo"¹⁴⁷.

Questo fenomeno di diffusa opposizione territoriale ai progetti di

¹⁴⁵ Si veda, fra gli altri, I. STADELMANN-STEFFEN, C. DERMONT, *Acceptance through inclusion? Political and economic participation and the acceptance of local renewable energy projects in Switzerland*, in *Energy Research & Social Science*, 2021, 71, 101818. In particolare, nelle conclusioni dell'articolo, si evidenzia come la partecipazione, sebbene non sia l'unico fattore che incide sull'accettazione sociale, può tuttavia esercitare una rilevante influenza, soprattutto se avviene nel processo decisionale e attraverso garanzia di diritto di voto, piuttosto che quale mero "scambio di informazioni".

¹⁴⁶ V. S. SEMINARIO, *Il fenomeno Nimby nel 2017*, in E. Blanchetti, S. Seminario (a cura di), *L'Era del Dissenso*, osservatorio Nimby Forum, 13a edizione 2017/2018, p. 22, dove si evidenzia come le carenze procedurali e il mancato coinvolgimento costituiscono motivo del dissenso nel 18,44% dei casi, che evidenzierebbe una "sensazione di impotenza davanti alle decisioni della politica sulle opere pubbliche". Fra gli altri motivi addotti, vale la pena evidenziare gli effetti sulla qualità della vita (29,56%), sull'ambiente (25,78%), sulla salute (13,78%) e in termini di inquinamento (4,89%). <https://www.sfogliami.it/fl/175056/4mzzzkfcp85hd9214hz12y3m6bxcnkce#page/21>

¹⁴⁷ G. MANFREDI, S. NESPOR, *op. cit.*, pag. 303.

energia rinnovabile può considerarsi una incarnazione, al livello locale, del complesso rapporto fra *subspecies* di un medesimo *genus* – i.e., la tutela dell’ambiente – in cui il connubio energia-ambiente¹⁴⁸ si va a contrapporre ad interessi contigui, come quello alla tutela del paesaggio, dei beni culturali e della salute¹⁴⁹. Questa immagine è stata plasticamente definita come “paradosso dell’innovazione”¹⁵⁰, poiché le (apparentemente) opposte ragioni alla base, rispettivamente, dell’intervento da un lato, e del dissenso dall’altro, possono essere ricondotte entrambe, in ultima istanza, al *genus* della tutela ambientale. In tema di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, ciò è particolarmente evidente: sono infatti emblematici i numerosi casi in cui collidono l’obiettivo di riduzione delle emissioni climalteranti, con quello opposto della tutela paesaggistica, con riguardo ai parchi eolici. Ciò testimonierebbe di come la materia ambientale, sebbene ormai ricondotta ad unità¹⁵¹, rimanga pur sempre composta da “varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e tutela”¹⁵², e dunque “si presta facilmente alla frammentazione”¹⁵³, inducendo così taluni autorevoli autori a ritenere che “la dicotomia tra le teoriche pluraliste e quelle moniste, [...] non sembra però del tutto superata”¹⁵⁴.

Da queste considerazioni emerge nettamente l’importanza di garantire i due pilastri della Convenzione, ovvero l’informazione e la partecipazione, al fine di aumentare il livello di accettazione sociale degli interventi

¹⁴⁸ C. VIVANI, *Ambiente ed energia*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell’ambiente*, 2014, Vol. I, pp. 503 e ss, p. 525, e G.D. COMPORTI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2021, pp. 297 e ss., e in particolare pp. 316 e ss.

¹⁴⁹ A. DI CAGNO, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico*, in *Ambientediritto* 4/2022, pp. 102 e ss.

¹⁵⁰ A. FARÌ, *Ambiente e innovazione. Una prospettiva giuridica*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente*, n. 3/2020, pag. 107.

¹⁵¹ V. Corte costituzionale, sentenze nn. 210 e 641 del 1987, ove si teorizza l’esistenza di un bene giuridico ambientale, che sono a fondamento della c.d. concezione monista dell’ambiente.

¹⁵² V. Corte Cost. n. 641 del 1987.

¹⁵³ A. MARTINI, *Amministrazione in transizione: riflessioni sulla transizione ecologica e sull’organizzazione amministrativa al suo servizio*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente – note e commenti* – n. 3/2021, pag. 168.

¹⁵⁴ A. Crosetti – R. Ferrara – F. Fracchia – N. Olivetti Rason, *Diritto dell’ambiente*, Bari, 2008, 77.

riguardanti gli impianti di produzione di energia rinnovabile. E tuttavia, i numerosi episodi di opposizione locale testimoniano il parziale insuccesso degli strumenti attuativi di questi diritti procedurali. Infatti, questi strumenti sono in grado di comporre effettivamente (e non solo formalmente) i conflitti insorgenti fra interessi (solo in apparenza) diversi e talvolta in contrasto, solo se viene garantita una adeguata informazione sul progetto e una partecipazione consapevole ed effettiva. Di contro, nella prassi accade spesso che i soggetti proponenti e le amministrazioni competenti espletino la fase procedimentale con piglio meramente formalistico e, dal canto suo, il pubblico coinvolto interpreta la partecipazione al procedimento solamente come passaggio obbligato e preordinato all'opposizione in sede contenziosa¹⁵⁵.

Dunque, pur comprendendosi l'ottimismo del legislatore europeo, si deve dar conto di come quella "ampia accettazione pubblica della diffusione dell'energia rinnovabile"¹⁵⁶ che è posta a fondamento dell'ondata semplificatoria ed abbreviatoria delle procedure autorizzative – e che limita i diritti procedurali sanciti nella Convenzione di Aarhus – non è, forse, così pacifica.

4. *L'informazione e la partecipazione nella pianificazione climatica ed energetica: quale spazio per nuovi modelli di democrazia energetica?*

Le importanti ambizioni climatiche delineate nel *Green Deal* saranno difficilmente realizzabili senza il coinvolgimento dei cittadini europei, sia singoli che aggregati, in tutte le fasi, dalla elaborazione delle misure sino alla implementazione e al monitoraggio¹⁵⁷.

Il legislatore europeo, prendendo atto dello scarso livello di coinvolgimento assicurato dai tradizionali approcci pianificatori *top-down*, riconosce la necessità di nuovi modelli di informazione e partecipazione del pubblico, con cui assicurarsi l'indispensabile appoggio dei cittadini, al fine di mettere in piedi ed attuare politiche efficaci e, soprattutto, accettate dal pubblico perché condivise. È per questo che il *Green Deal*, a partire già

¹⁵⁵ A. FARÌ, *op. cit.*, pag. 113.

¹⁵⁶ Considerando (20) della Direttiva (UE) 2023/2413, c.d. RED III.

¹⁵⁷ C. SCISSA, *What room for the 1998 Aarhus Convention in the European Green Deal? An analysis of the possible reluctance of the Court of Justice*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, saggi, n. 1/2021, pag. 109.

dal nome, si presenta come nuovo patto fra cittadini, istituzioni di tutti i livelli, società civile ed industria. In questo contesto, i cittadini vengono proclamati “motore della transizione”¹⁵⁸.

Questo nuovo ruolo dei cittadini viene formalizzato in una comunicazione successiva, denominata appunto “Patto europeo per il clima”¹⁵⁹, nella quale si delineano alcuni strumenti di coinvolgimento del pubblico nell’azione per il clima: segnatamente, la condivisione delle informazioni, la predisposizione di spazi (fisici e virtuali) in cui i cittadini possano collaborare e condividere iniziative, e il *capacity building* al fine di costruire una sorta di “alfabetizzazione climatica”.

Questo approccio partecipativo delineato nel Patto è parte integrante del c.d. quadro procedurale della *governance* climatica ed energetica a livello europeo, composto dal Regolamento 2018/1999/UE sulla *governance* dell’Unione dell’energia e dal Regolamento 2021/1119/UE, che istituisce e il quadro per il conseguimento della neutralità climatica.

Il Regolamento 2018/1999/UE è particolarmente rilevante in tema di programmazione e pianificazione in materia di clima ed energia, poiché introduce, fra gli altri, l’obbligo per ciascuno Stato Membro di produrre un “piano nazionale integrato per l’energia e il clima” (c.d. PNIEC). Si tratta di un poderoso documento di pianificazione decennale, che deve delineare l’approccio con cui ciascun paese dell’Unione intende affrontare le cinque dimensioni della c.d. “Unione dell’energia”¹⁶⁰: “decarbonizzazione”, “efficienza energetica”, “sicurezza energetica”, “mercato interno dell’energia”, “ricerca, innovazione e competitività”. Ogni Stato Membro deve elaborare una bozza che viene sottoposta alla valutazione della Commissione europea, che ha poteri di raccomandazione sul Piano stesso, prima dell’adozione del documento finale. Il documento va, inol-

¹⁵⁸ Comunicazione della Commissione, Il Green Deal europeo, COM(2019) 640, 11.12.2019, pag. 25.

¹⁵⁹ Comunicazione della Commissione, Patto europeo per il clima, COM(2020) 788, 9.12.2020.

¹⁶⁰ Con “Unione dell’energia” ci si riferisce alla strategia quadro, lanciata nella Comunicazione 80 del 2015, con cui si sono gettate le basi per il c.d. *Clean energy for all Europeans package* del 2019, con il quale si è ridisegnato il quadro normativo complessivo in materia di energia nell’Unione europea. Per una disamina dettagliata dei provvedimenti del *Clean energy package*, si veda F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell’energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell’economia*, n.1/2020, pp. 501 ss.

tre, aggiornato con cadenza quinquennale, seguendo sostanzialmente la medesima procedura prevista per la prima edizione.

Congegnato in questo modo, il PNIEC è un atto che si colloca al livello intermedio, fungendo da “cinghia di trasmissione” tra gli indirizzi normativi di matrice europea e la funzione amministrativa che deve concretamente attuare le misure in materia di clima ed energia delineate nel Piano stesso, dando forma così ad un atto di pianificazione che è ritenuto riconducibile al *genus* degli atti di alta amministrazione¹⁶¹. Questo atto pianificatorio si contraddistingue, inoltre, per la peculiarità di rientrare in quella categoria di atti che certa dottrina definisce “*mandated participatory planning*”¹⁶²: cioè, quegli atti pianificatori in cui la partecipazione è obbligatoria.

Ed invero, la rilevanza del binomio informazione-partecipazione è sottolineata già nei considerando del Regolamento, ove viene ribadito quel collegamento tra energia, clima e ambiente che impone nei confronti del pubblico, in nome della democrazia ambientale, una informazione che sia adeguata ed una partecipazione tempestiva, effettiva ed in condizioni di parità, in conformità alla Convenzione di Aarhus che viene esplicitamente richiamata¹⁶³. A ben vedere, infatti, i PNIEC rientrano nella definizione di “piani e programmi in materia ambientale” alla cui elaborazione deve poter partecipare il pubblico secondo quanto previsto dall’art. 7 della Convenzione di Aarhus¹⁶⁴.

¹⁶¹ F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel “nuovo ordinamento” dell’energia*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, n. 1/2022, pp. 82 e ss.; in tal senso v. anche A. MITROTTI, *L’obbligazione climatica e la natura del PNIEC nella repubblica italiana: sono eretiche le pretese di un legittimo adempimento?*, in *Ambientediritto*, n. 2/2024, pag. 15.

¹⁶² S. OBERTHÜR, I. VON HOMEYER, L. SCHEWE, B. MOORE, *op. cit.*, pag. 272.

¹⁶³ V. Regolamento 2018/1999, Considerando (28) e (29).

¹⁶⁴ J. ROBERT, *The EU’s climate and energy framework in light of the Aarhus convention – Assessing environmental democracy rights in the Governance Regulation – Policy report*, Brussels school of governance – Centre for environment, economy and energy, 2023, pag. 10. In particolare, l’A. sottolinea come lo stesso Comitato di controllo della Convenzione di Aarhus abbia confermato come i PNIEC rientrino nel campo applicativo del Trattato, poichè costituiscono i successori dei piani d’azione nazionali per le energie rinnovabili prescritti dalla Direttiva 2009/28/CE, i quali erano stati riconosciuti dal Comitato come rientranti nella definizione di piani o programmi che riguardano l’ambiente secondo l’articolo 7 della Convenzione (v. ACCC, *Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2010/54 concerning compliance by the European Union*).

Su questa linea, l'art. 1 del Regolamento sancisce come il meccanismo di *governance* ivi predisposto deve garantire al pubblico l'effettiva opportunità di partecipare alla elaborazione dei piani nazionali integrati energia e clima, i quali dovranno includere anche “[...] una descrizione della consultazione pubblica e della partecipazione dei portatori d’interesse con i relativi risultati [...]”¹⁶⁵.

Con riguardo al pilastro dell’accesso all’informazione, si prevede un generico obbligo per ciascun Stato Membro di informare il pubblico¹⁶⁶, e di mettergli a disposizione la proposta di PNIEC nel contesto della consultazione pubblica¹⁶⁷. Si dispone, inoltre, circa l’istituzione di una piattaforma online che, fra le sue funzioni, ha anche quella di agevolare l’accesso pubblico alle informazioni¹⁶⁸.

Con riguardo, invece, alla vera e propria partecipazione, l’art. 10 del Regolamento prevede che “ciascuno Stato membro provvede affinché al pubblico siano offerte tempestive ed effettive opportunità di partecipare all’elaborazione della proposta del piano”. In linea con l’approccio inaugurato dalla Convenzione di Aarhus (“Ciascuna Parte provvede affinché la partecipazione del pubblico avvenga in una fase iniziale, quando tutte le alternative sono ancora praticabili e tale partecipazione può avere un’influenza effettiva”), si intende favorire una partecipazione tempestiva ed effettiva¹⁶⁹. Inoltre, è previsto che delle risultanze della consultazione si dia conto in una “sintesi delle osservazioni del pubblico”. Quest’ultima previsione, in particolare, presta il fianco a rilevanti critiche, dal momento che riportare meramente gli input ricevuti nella procedura di consulta-

¹⁶⁵ *Ib.*, art. 3, punto 2, lett. a).

¹⁶⁶ *Ib.*, art. 10, par. 2.

¹⁶⁷ *Ib.*, art. 9, par. 4.

¹⁶⁸ *Ib.*, Considerando (46) e art. 28, par. 3. La piattaforma, in cui sono peraltro pubblicati i PNIEC degli Stati Membri, è reperibile su https://commission.europa.eu/energy-climate-change-environment/implementation-eu-countries/energy-and-climate-governance-and-reporting_en

¹⁶⁹ *Ib.*, Considerando (28) e art. 10. È bene precisare come nelle versioni inglesi del Regolamento e della Convenzione di Aarhus si utilizza il medesimo termine “*early*”, che vuole sottolineare come la partecipazione debba svolgersi sin dalle fasi iniziali. Questo elemento si è inspiegabilmente perso nella traduzione italiana, che nel Regolamento usa un termine diverso da quello della Convenzione (la quale fa riferimento, appunto, alla “fase iniziale”), sostituendolo col più generico termine “tempestiva”.

zione non equivale certamente – avendo una incisività molto minore – a garantire che le osservazioni siano prese in considerazione nel Piano¹⁷⁰.

Viene inoltre inserito un raccordo con la disciplina sulla valutazione ambientale strategica, disponendo che, ove le consultazioni si svolgano in sede di VAS, gli obblighi di consultazione pubblica previsti per i Piani si intendono assolti.

Nonostante questo quadro normativo apprestato dal Regolamento 2018/1999 appaia – al netto di alcune sbavature¹⁷¹ – sostanzialmente ossequioso dei requisiti sanciti nei primi due pilastri della Convenzione di Aarhus, occorre riportare come alcune ricerche abbiano rilevato che l'effettiva implementazione degli standard informativi e partecipativi – in quasi tutta l'Unione – è ancora molto lacunosa, poiché emergono profili critici sia con riguardo alla qualità e completezza delle informazioni fornite al pubblico, sia con riguardo alla efficacia delle vere e proprie consultazioni¹⁷².

Si tratta di criticità che non hanno risparmiato neanche la procedura di adozione del PNIEC nel nostro Paese. Particolarmente emblematico è il caso che ha riguardato l'aggiornamento obbligatorio del Piano, la cui versione definitiva è stata infine pubblicata a giugno 2024.

La procedura di aggiornamento, gestita dal MASE, ha visto una partecipazione pubblica strutturata in due fasi. La prima, tenutasi nella primavera del 2023, si è svolta attraverso un questionario online a risposta multipla – da completare nel termine di venti giorni – che è stato sottoposto al pubblico il quale, però, non ha potuto consultare la bozza di aggiornamento del Piano, che è stata pubblicata successivamente alla chiusura della consultazione, dopo la trasmissione alla Commissione¹⁷³.

¹⁷⁰ J. ROBERT, *op. cit.*, pag. 29.

¹⁷¹ Si pensi, ad esempio, al fatto che il Regolamento non ha esplicitamente specificato che la partecipazione debba avvenire in una fase in cui tutte le opzioni sono ancora aperte. Tale dimenticanza è stata rilevata dal Comitato di controllo, il quale ha ravvisato una violazione dell'art. 6, par. 4 della Convenzione (V. ACCC, *Report of the Compliance Committee on compliance by the European Union*, 31 Aug. 2021, par. 67.).

¹⁷² S. OBERTHÜR *et al.*, *Review of the Governance Regulation and the European Climate Law: Upgrading the EU's procedural climate governance*. GreenDeal-NET, Policy Options Paper, May 2024 (2024), pag. 10. In tal senso, v. anche I. VON HOMEYER, S. OBERTHÜR, O. FLEKKØY, *The effectiveness of public participation in the formulation of National Energy and Climate Plans under the EU Governance Regulation*. VUB; Brussels, 2024.

¹⁷³ Più precisamente, l'inizio della consultazione è stato indetto il 6 maggio 2023, con termine per le osservazioni fissato al 26 dello stesso mese. La bozza di Piano è stata

Dunque, in questa prima fase il pubblico è stato consultato in maniera estremamente generica – attraverso 34 stringate domande, cui rispondere attraverso altrettante stringate risposte multiple – e senza poter esprimere osservazioni sulla bozza di Piano. Questo approccio è stato oggetto di numerose critiche – non solo da parte della Commissione stessa¹⁷⁴, ma anche dell’associazionismo ambientalista¹⁷⁵ – culminate nella presentazione di una comunicazione¹⁷⁶ da parte dell’Associazione “A Sud Ecologia e Cooperazione Odv ETS” al Comitato di Controllo della Convenzione di Aarhus¹⁷⁷. Nella comunicazione, l’Associazione lamenta numerose violazioni della Convenzione nel processo partecipativo messo in piedi dal MASE per l’aggiornamento del PNIEC. Fra queste, si segnalano particolarmente l’irragionevolezza dei termini per la consultazione, ritenuti troppo brevi (art. 6, par. 3 della Convenzione); la mancata partecipazione in una fase iniziale, quando tutte le opzioni sono ancora aperte (art. 6, par. 4); e il non aver fornito le informazioni necessarie, cioè la bozza di Piano (art. 7). Questa comunicazione è stata, tuttavia, dichiarata inammissibile

successivamente inviata alla Commissione il 30 giugno 2023, ed è stata pubblicata, e dunque messa a disposizione del pubblico, solo successivamente, in data 19 luglio 2023.

¹⁷⁴ V., in particolare, *Commission Staff Working Document: Assessment of the draft updated National Energy and Climate Plan of Italy* del 18.12.2023, in cui la Commissione evidenzia come non sia chiaro né il tipo né la qualità delle informazioni fornite al pubblico, e che nonostante la bozza di Piano trasmessale contenga una sintesi delle considerazioni del pubblico, non sono fornite informazioni su quali categorie di *stakeholders* abbiano espresso le opinioni riportate, né su come tali opinioni vengano considerate (o, all’opposto, non considerate) e affrontate. Per tali motivi, la Commissione ha raccomandato allo Stato italiano di fornire una panoramica più chiara e dettagliata su come il processo di consultazione abbia permesso la partecipazione di tutte le autorità, i cittadini e gli *stakeholder* rilevanti, e come il Piano integra le loro prospettive (*Commission Recommendation of 18.12.2023*).

¹⁷⁵ V., ad esempio, il report di Climate Action Network (CAN) Europe pubblicato ad ottobre 2023, *Time to step up national climate action. An assessment of the draft National Energy and Climate Plans updates*, p. 62, in cui si raccomanda il potenziamento del processo partecipativo che viene ritenuto “estremamente inadeguato”.

¹⁷⁶ Lo strumento della comunicazione permette a qualunque membro del pubblico — inteso secondo l’art. 2, par. 4 della Convenzione di Aarhus, quindi anche singoli individui o ONG — di rivolgersi direttamente al Comitato di Controllo della Convenzione, per segnalare il mancato rispetto di uno o più obblighi previsti dal Trattato ad opera di uno Stato parte.

¹⁷⁷ V. Aarhus Convention Compliance Committee, comunicazione ACCC/C/2023/205.

dal Comitato¹⁷⁸, che ha ritenuto come – trattandosi della fase di bozza – residuassero ancora i tempi e gli spazi per la realizzazione di una partecipazione che rispettasse tutti i requisiti della Convenzione di Aarhus, prima dell'adozione del documento finale di PNIEC aggiornato. Questa decisione di inammissibilità, secondo attenta dottrina, sarebbe criticabile quantomeno sotto due rilevanti profili: innanzitutto, l'art. 10 del Regolamento 2018/1999 chiaramente sancisce l'obbligo per gli Stati membri di garantire al pubblico “tempestive ed effettive opportunità di partecipare” non solo con riguardo alla preparazione dei piani finali, ma anche “all'elaborazione della proposta del piano”; in secondo luogo, l'art. 9 par. 4 prevede che nel contesto della consultazione pubblica lo Stato membro debba mettere a disposizione del pubblico la proposta di piano¹⁷⁹.

Queste circostanze hanno spinto il MASE a mutare l'approccio nella seconda consultazione, in cui si è proposto un questionario a risposta aperta – ove si richiedeva, innanzitutto, un parere sulla proposta di Piano trasmessa alla Commissione a giugno 2023, nel frattempo messa a disposizione del pubblico – e un termine maggiore rispetto al precedente, pari ad un mese.

A dispetto di tali (piccoli) aggiustamenti, il documento finale di PNIEC aggiornato restituisce l'immagine di una partecipazione avente natura meramente formale. Nonostante le dichiarazioni (“le consultazioni [...] hanno fornito spunti interessanti di cui si è tenuto conto sia nella stesura della proposta sia della versione finale del PNIEC”¹⁸⁰), nel documento non vi è quasi traccia¹⁸¹ di come gli input della consultazione

¹⁷⁸ V. Decisione del 19.02.2024.

¹⁷⁹ V. F. GARELLI, *Public Information and Participation in Climate Decision-Making Process: The Case of the Italian NECP from the Perspective of the Aarhus Convention*, in *Carbon & Climate Law Review*, Volume 17, Issue 4 (2023) pp. 235 – 243 DOI: <https://doi.org/10.21552/cclr/2023/4/6>

¹⁸⁰ V. Piano Nazionale Integrato Energia e Clima, giugno 2024, pag. 60.

¹⁸¹ Ad onor del vero, sono presenti due eccezioni che meritano segnalazione. In materia di prestazione energetica nell'edilizia, si fa riferimento ai risultati delle consultazioni per rafforzare i propositi di promozione dell'adozione di tecnologie di *demand response*, sistemi di ICT e domotica – che consentano il monitoraggio e il controllo della performance degli edifici – e di sinergie con le fonti rinnovabili in regime di autoconsumo e comunità energetiche (PNIEC giugno 2024, pag. 300). Allo stesso modo, si è fatto cenno ai feedback delle consultazioni con riguardo alle priorità di finanziamento in tema di Ricerca di Sistema elettrico (RdS), che si focalizzeranno così su decarbonizzazione e digitalizzazione ed evoluzione delle reti (pag. 353).

abbiano indirizzato lo sviluppo del Piano, o comunque siano stati tenuti in considerazione.

Nondimeno, a parziale compensazione di tali criticità, occorre evidenziare come, a tali consultazioni, si affianchino quelle espletate in sede di valutazione ambientale strategica. Infatti, nonostante l'applicabilità della procedura di VAS ai PNIEC, a livello eurounitario, sia tutt'altro che pacifica¹⁸², si deve dar conto di come l'Italia figuri fra i pochi paesi dell'Unione¹⁸³ che hanno ritenuto di sottoporre i propri PNIEC alla procedura di valutazione ambientale strategica¹⁸⁴, sia nella prima edizione del Piano, adottata nel 2019, sia nel suo aggiornamento obbligatorio, datato giugno 2024.

La VAS dell'aggiornamento del Piano ha visto un buon livello partecipativo, con l'invio di 39 osservazioni da parte dei più disparati soggetti, fra cui giunte regionali, associazioni ambientaliste e privati cittadini¹⁸⁵. Si tratta di un elemento da mettere in rilievo per quanto qui di interesse: seppur non in grado di compensare la debolezza applicativa dei meccanismi informativi e partecipativi previsti dal Regolamento 2018/1999 per i PNIEC, garantisce pur sempre una ulteriore garanzia procedurale nei

¹⁸² V. J. ROBERT, *The EU's climate and energy framework in light of the Aarhus convention – Assessing environmental democracy rights in the Governance Regulation – Policy report*, Brussels school of governance – Centre for environment, economy and energy, 2023, pagg. 13 e 17. Secondo l'A., nonostante la mancanza di chiarezza sul punto, una interpretazione teleologica del Regolamento 2018/1999/UE e della Direttiva VAS porterebbe a propendere verso l'applicabilità della procedura di valutazione ambientale strategica ai PNIEC.

¹⁸³ Per la prima edizione del Piano, datata 2019, i Paesi che hanno esperito la valutazione ambientale strategica per i propri PNIEC sono stati (oltre all'Italia) Bulgaria, Francia, Ungheria, Lussemburgo, Malta, Spagna e Portogallo. Il numero si è comprensibilmente ridotto (dal momento che taluni paesi non hanno ritenuto sussistere le condizioni per – o la necessità di – esperire una nuova VAS) nella fase di aggiornamento del 2023/2024, dove si contano solamente Francia, Italia, Irlanda, Spagna e Ungheria.

¹⁸⁴ In particolare, si è ritenuto che il PNIEC soddisfi i requisiti richiesti per la sottoposizione a VAS, poiché, da un lato, trattasi di Piano elaborato e/o adottato da una autorità nazionale e previsto da disposizioni legislative (art. 5 del D.Lgs. 152/2006), e, dall'altro, è elaborato per il settore energetico, e definisce il quadro di riferimento per l'approvazione, l'autorizzazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti in materia d'energia ricadenti nel campo di applicazione della VIA (art. 6 del D.Lgs. 152/2006). Cfr. Rapporto Preliminare Ambientale del PNIEC 2019.

¹⁸⁵ Le osservazioni pervenute possono essere consultate su <https://va.mite.gov.it/it-IT/Oggetti/Documentazione/10421/15391?RaggruppamentoID=1008&pagina=1>

confronti del pubblico, pur in assenza di un chiaro obbligo nascente dalla normativa europea.

5. Conclusioni

Si è detto dunque di come l'ambiente costituisca un diritto fondamentale, e di come sia indispensabile il coinvolgimento e il sostegno del pubblico per assicurare tale diritto nel contesto della transizione ecologica. Ciò richiede efficaci strumenti in grado di implementare istanze partecipative nei processi decisionali ed amministrativi in materia ambientale ed energetica. A questo scopo, la Convenzione di Aarhus ha gemmato un considerevole numero di disposizioni, attraverso cui si è predisposto un vasto e complesso apparato di diritti procedurali di natura informativa e partecipativa che, almeno sotto il profilo astratto-normativo, sembrerebbe apprestare al pubblico i mezzi per informarsi e partecipare alle procedure autorizzatorie di singoli progetti, così come di predisposizione di piani e programmi: cioè, quei diritti procedurali attraverso cui si esercita la democrazia ambientale, per la quale la produzione di energia rappresenta un punto di partenza e un nodo cruciale¹⁸⁶. Le ragioni sono particolarmente evidenti, poiché questa produzione presenta considerevoli e preoccupanti impatti sull'ambiente e sulla salute, in particolar modo quando si fa riferimento a quella proveniente da combustibili fossili, o a fonti particolarmente controverse come quella nucleare.

Tuttavia, il contesto energetico sta rapidamente mutando. L'avvento delle tecnologie di produzione di energia da fonti pulite e ad emissione zero come le rinnovabili – e la necessità di promuoverne la diffusione, stante il ruolo protagonista assegnato loro nella transizione energetica

¹⁸⁶ Sull'importanza della materia energetica nello sviluppo della democrazia ambientale si veda, *ex multis*, “The Centre for Science and Environment Statement on Global Environmental Democracy.” *Alternatives: Global, Local, Political*, vol. 17, no. 2, 1992, pp. 261–79. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/40644742>. Accessed 5 May 2025. In particolare, il documento sottolinea come “During the 1970s and 1980s, thousands of young men and women protested against their democratically elected governments on the siting of nuclear power stations. These people essentially wanted a deepening of the democratic process [...] Citizen participation in environmental decision-making has since become accepted as a basic tenet of the Northern environmental movement – as the ultimate safeguard of people’s environmental needs and rights”.

– ha spinto il legislatore europeo a delineare una composita disciplina per promuovere tali fonti. All'interno di tale complesso normativo, si è enucleato un particolare regime di natura derogatoria che, nel suo impetuoso incedere, non ha risparmiato neanche i primi due pilastri della Convenzione, cioè quelli informativo e partecipativo.

Si può così registrare una tendenza semplificatoria nelle attività di pianificazione e, soprattutto, di autorizzazione in materia di energia che, agendo in direzione centripeta, spinge verso una certa pre-determinazione delle decisioni a livello statale centrale, cui corrisponde l'esautoramento non solo dei singoli, ma anche dei livelli amministrativi territoriali più prossimi al cittadino.

Occorre sottolineare che questa tendenza non è eccezionale nel panorama settoriale dell'energia. Ne è evidenza, innanzitutto, il progressivo percorso di accentramento della competenza in materia di politica energetica a livello eurounionale, attraverso lo sviluppo di una disciplina particolarmente pervasiva e dettagliata – si pensi agli interventi normativi introdotti con il *Clean energy package*¹⁸⁷ – e di un modello di governance integrata che si basa su una attività di pianificazione (l'obbligo di redigere i PNIEC) che è sottoposta a rilevanti poteri di valutazione e raccomandazione da parte della Commissione europea¹⁸⁸. Questo sbilanciamento degli equilibri decisionali verso il livello unionale apre evidentemente degli spazi alle critiche in tema di legittimazione democratica, che costituisce sempre un tema spinoso per una Unione spesso tacciata di “deficit democratico”.

Anche a livello nazionale il riparto costituzionale delle competenze in materia di energia segue questa tendenza centripeta. Infatti, nonostante formalmente la disciplina delle attività relative a “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”¹⁸⁹ sia affidata alla competenza con-

¹⁸⁷ Il Pacchetto ha, infatti, introdotto otto fondamentali provvedimenti: 1) Direttiva 2019/944 sul Mercato Interno dell'Energia (IEM); 2) Regolamento 2019/943 sul Mercato Interno dell'Energia; 3) Direttiva 2018/844 che modifica la Direttiva sulla Performance Energetica degli Edifici (EPBD) 2010/31; 4) Direttiva 2018/2002 (che modifica Direttiva 2012/27) sull'efficienza energetica; 5) Direttiva 2018/2001 sulla promozione dell'uso delle F.E.R.; 6) Regolamento 2018/1999 sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima; 7) Regolamento 2019/941 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica; 8) Regolamento 2019/942 che istituisce l'Agenzia per la Cooperazione dei Regolatori dell'Energia (ACER).

¹⁸⁸ Così, gli artt. 29 e 30 del Regolamento 2018/1999, c.d. “Governance dell'Unione dell'energia”.

¹⁸⁹ Così, l'articolo 117, comma 3 della Costituzione.

corrente Stato-Regioni (in esito alla riforma del titolo V della Costituzione¹⁹⁰), la Corte costituzionale ha, successivamente alla riforma, nettamente ricostruito la materia quale competenza sostanzialmente esclusiva dello Stato, attraverso un ormai noto e consolidato percorso giurisprudenziale¹⁹¹. Un percorso, questo, che è stato costruito anche sulla base di quelle esigenze di “esercizio unitario”¹⁹² – di cui all’art. 118, comma 1 della Costituzione – che legittimano una declinazione in senso ascendente del principio di sussidiarietà verticale, attraverso il quale si è andata progressivamente erodendo la competenza degli enti territoriali (in particolare

¹⁹⁰ Prima della riforma, infatti, l’energia non era ricompresa nell’elencazione di cui all’art. 117 della Costituzione – che indicava solamente le materie di competenza della potestà legislativa delle regioni – e dunque si riteneva che solamente lo Stato potesse dettarne la disciplina. Si trattava di una impostazione costituzionale evidentemente originata e sviluppatasi nel “secolo del carbone e del petrolio”, fonti energetiche che richiedevano necessariamente una attività di programmazione e gestione affidata al livello statale centrale, attesa la scarsità sul territorio nazionale e la necessità di importazione di tali fonti. Sul punto, v. F. BOCCHINI, *Contributo allo studio della potestà legislativa regionale in materia di energia nella Costituzione*, in *Ambienteditto* 1/2024, pag. 29.

¹⁹¹ In tema, la giurisprudenza costituzionale è molto vasta. Si veda, *ex multis*: Corte costituzionale del 25 marzo 2022, n. 77; Corte costituzionale del 23 marzo 2021, n. 46; Corte costituzionale del 5 giugno 2020, n. 106; Corte costituzionale del 23 dicembre 2019, n. 286; Corte costituzionale del 5 aprile 2018, n. 60; Corte costituzionale del 15 dicembre 2016, n. 267; Corte costituzionale del 31 marzo 2015, n. 54; Corte costituzionale del 12 dicembre 2014, n. 278; Corte costituzionale del 9 luglio 2013, n. 182; Corte costituzionale del 29 maggio 2013, n. 101; Corte costituzionale del 7 novembre 2012, n. 275; Corte costituzionale del 22 luglio 2010, n. 278; Corte costituzionale del 26 febbraio 2010, n. 67; Corte costituzionale del 24 luglio 2009, n. 249; Corte costituzionale del 14 marzo 2008, n. 62; Corte costituzionale del 28 giugno 2006, n. 248; Corte costituzionale del 14 ottobre 2005, n. 383; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 8; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 6; Corte costituzionale del 7 ottobre 2003, n. 307; Corte costituzionale del 26 giugno 2002, n. 282.

¹⁹² Sul significato da attribuire alla locuzione “esercizio unitario”, si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 6 e 7 del 2004, in cui si fa riferimento alla necessità di evitare il “pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale” (che fa riferimento al D.L. 7 febbraio 2002, n.7) e “garantire la più idonea connessione alla rete di trasmissione nazionale nonché la sicurezza e la connessione operativa tra le reti” (D. L. 16 marzo 1999, n. 79). Tuttavia, è evidente come il concetto abbia subito una evoluzione, dovendo oggi rispondere ad esigenze di natura in parte diversa. Infatti, le pur sempre ineludibili necessità di gestione unitaria e coordinamento strategico del settore energetico devono ormai essere in grado di contemperare le opposte esigenze, da un lato, della decarbonizzazione e, dall’altro, della sicurezza dell’approvvigionamento e dell’indipendenza energetica.

le Regioni), come avviene nel caso in cui si disciplinino nel dettaglio i procedimenti autorizzatori per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili¹⁹³.

Questa generale tendenza accentratrice sembrerebbe rispondere alla necessità di elidere alla radice i potenziali conflitti che possono sorgere a livello locale/territoriale, allo scopo di applicare uniformemente politiche ed interventi di ampio respiro per contrastare i cambiamenti climatici. L'obiettivo sembrerebbe, così, quello di "sottrarre la gestione dei conflitti ai condizionamenti episodici dei decentrati contesti decisori"¹⁹⁴, poiché vi è una pressante necessità di attuare strategie unitarie e di lungo periodo per rispondere ai globali e perduranti problemi posti dal cambiamento climatico.

Tuttavia, questo approccio sta contribuendo all'erosione della disciplina di una già scarsamente effettiva partecipazione pubblica, concorrendo ad ingenerare o aggravare fenomeni di estraniamento nel pubblico rispetto alle scelte di politica energetica e ai singoli progetti energetici.

Un estraniamento che può anche sortire effetti opposti a quelli desiderati, originando o esacerbando i contrasti intestini alla tutela dell'ambiente che, sin troppo spesso, vedono progetti di energia rinnovabile avversati da comunità e amministrazioni locali, in una fratricida lotta fra tutela del clima, da un lato, e tutela del paesaggio e/o della salute dall'altro.

A queste criticità si accompagna una certa debolezza ed ineffettività degli strumenti partecipativi, che spesso sono ridotti ad attività di consistenza più formale che sostanziale¹⁹⁵: cioè, quella che certa dottrina ha definito "partecipazione debole" (*thin participation*), in cui la partecipazione prende la forma di mero parere del pubblico su scelte che sono già state definite dall'amministrazione, al solo scopo di adempiere formalmente alle obbligazioni scaturenti dalla Convenzione¹⁹⁶.

¹⁹³ O. SPATARO, *La disciplina sulle energie rinnovabili nella dinamica delle fonti del diritto. La legislazione regionale nella morsa della sussidiarietà?*, in *Nuove Autonomie*, N. 3/2010, pp. 697 – 726.

¹⁹⁴ V. G. D. COMPORI, *op. cit.*, pag. 716.

¹⁹⁵ Sul punto, v. G. TORTA, *Partecipazione pubblica e promozione dello sviluppo sostenibile: il caso emblematico della disciplina delle materie prime critiche*, in *Nuove Autonomie* n. 3/2024, secondo la quale nell'impostazione attuale la partecipazione pubblica mira principalmente ad "ottemperare agli obblighi normativi".

¹⁹⁶ J. BLACK, *Proceduralizing regulation*, in *Oxford journal of legal studies*, 2000, p. 597 ss. A questa "*thin participation*" si contrappone una "partecipazione forte" (*thick*

Si tratta, anche qui, di un punto fondamentale. La qualità ed effettività degli strumenti informativi e partecipativi in tema di *governance* climatica ed energetica è fondamentale, poichè è necessario garantire il più ampio ed effettivo coinvolgimento possibile nelle scelte riguardanti anche le energie rinnovabili. La sfida della transizione impone decisioni e politiche che sono di lunga prospettiva e spesso controverse, il che rende necessario un armamentario adeguato per puntellarne la legittimazione democratica, politica e sociale. Ciò che, attualmente, non sembra pienamente conciliarsi col quadro politico-energetico delineato dal decisore eurounitario, e la sua tendenza alla semplificazione ed accelerazione in coerenza col principio dell'interesse pubblico prevalente.

participation), che riguarda, invece, la ben più rara partecipazione alla formazione dei contenuti del piano (o decisione).

Abstract

L'articolo analizza i diritti procedurali di informazione e partecipazione delineati dalla Convenzione di Aarhus e la loro attuazione nel diritto unionale e interno, con specifico riguardo al settore energetico. Muovendo dal nesso tra tutela dell'ambiente, diritti umani e democrazia energetico-ambientale, il contributo evidenzia come l'attuale paradigma acceleratorio – dettato dal diritto unionale – della transizione energetica, soprattutto in materia di fonti rinnovabili, presenti dei rischi di compressione delle garanzie partecipative, attraverso semplificazioni procedurali, riduzione dei termini di partecipazione e centralizzazione delle decisioni. L'analisi si estende anche alla pianificazione climatica ed energetica, ed evidenzia la necessità di rafforzare l'effettività degli strumenti partecipativi, quali presupposti indispensabili per la legittimazione democratica della transizione.

The rights of access to information and public participation shaped by the Aarhus Convention in the energy sector: instruments for implementing a new paradigm of “energy democracy”

The article analyses the procedural rights of access to information and public participation set out in the Aarhus Convention, and their implementation in EU and Italian law, with particular reference to the energy sector. Starting from the link between environmental protection, human rights, and energy-environmental democracy, the paper highlights how the current acceleration-oriented paradigm of the energy transition—driven by EU law, especially in the field of renewable energy sources—entails risks of compressing participatory safeguards through procedural simplification, the shortening of participation timeframes, and the centralisation of decision-making. The analysis also extends to climate and energy planning, underscoring the need to strengthen the effectiveness of participatory instruments as indispensable basis for the democratic legitimacy of the transition.

L'angolo delle libertà

La sostenibilità democratico-costituzionale delle transizioni

di Laura Lorello*

1. È ben noto che ogni sistema costituzionale è chiamato ad adattarsi ai processi di cambiamento che attraversano la società, rispondendo alla complessità sempre crescente dei bisogni che essa esprime, sul piano tanto politico-sociale quanto istituzionale.

Anzi, di potrebbe dire, è propria delle costituzioni democratiche la capacità di modellarsi su quei processi di cambiamento, mantenendo nel tempo la propria vitalità e realizzando l'indispensabile equilibrio tra *esigenze di stabilità* ed *esigenze di cambiamento*, per mezzo del procedimento di revisione, così come di attuazione della costituzione.

Tuttavia, questo percorso di adattamento deve muoversi all'interno del disegno costituzionale cioè di quel quadro minimo ed essenziale, e per questo fondamentale, che ogni costituzione traccia.

Sotto questo profilo, va, innanzitutto, ricordato che qualunque intervento di modifica dell'impianto costituzionale deve iscriversi all'interno del potere di revisione, che è potere costituito, e, come tale, da esercitarsi nell'ambito e nel rispetto di quel quadro minimo prima richiamato, non potendo mai risolversi nel suo sovvertimento, poiché ciò sarebbe esercizio di un nuovo potere costituente, a seguito della rottura della costituzione vigente.

In questa prospettiva, va anche chiarito che non si vuole con ciò negare *tout court* la possibilità di cambiare la costituzione, cosa che può ben essere opportuna e talora necessaria – e vanno qui riprese le parole del Presidente della Corte Costituzionale A. Barbera, a proposito della revisione della forma di governo: “Rivedere la forma di governo non solo è legittimo ma è necessario”¹.

* Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto a ICON-S 2024, *Lo stato delle transizioni*, panel *Sostenibilità democratica delle transizioni*, Università di Trento, 18-19 ottobre 2024.

¹ *Il premierato? Rivedere la forma di governo non solo è legittimo ma è necessario*, *Sole 24ore* 28/8/2024.

Si tratta, piuttosto, di avere ben chiaro il confine tra la revisione e lo stravolgimento del testo costituzionale, considerando anche che, come ricorda E. Cheli, “le costituzioni, a differenza delle leggi ordinarie, appartengono per loro natura più alla storia che alla politica, dal momento che esprimono norme di “lunga durata”, destinate a tenere unito un tessuto sociale nell’arco di più generazioni”².

Partendo da queste brevi premesse, è possibile, sinteticamente, provare a guardare due fronti di cambiamento intrapresi dall’attuale governo, entrambi oggetto di accesi confronti e terreno di forti conflitti.

2. Un primo fronte investe la revisione della forma di governo, introducendo, in luogo del parlamentarismo della Costituzione repubblicana, una assetto di tipo neoparlamentare, con elezione diretta e contestuale del Presidente del Consiglio e delle Camere³.

Scopo dichiarato della riforma è quello di dare stabilità all’esecutivo e di rafforzare i poteri del governo, anche e soprattutto attraverso un incremento dei poteri del suo Capo, specie riguardo alla gestione del rapporto fiduciario e allo scioglimento delle Camere.

Numerosi sono gli aspetti sui quali può concentrarsi l’analisi e tra i quali vi è, certamente, la compressione, già ampiamente in atto, del ruolo dell’istituzione parlamentare.

Vale qui, a riguardo, forse la pena di ricordare due principi che furono e sono alla base dell’impianto della Costituzione repubblicana: il principio personalista e il principio del pluralismo.

Centralità della persona, in luogo dello Stato, e pluralismo politico e istituzionale sono elementi essenziali di una democrazia. Per la Costituzione italiana, con l’art. 2, la persona come individuo si proietta necessariamente nella formazione sociale, quindi nella comunità della quale è parte e solo un assetto plurale può garantire il suo pieno sviluppo. Ciò si riflette immediatamente nel pluralismo politico, riconquistato dopo la dittatura fascista e valorizzato dai Costituenti nell’art. 49, con un ruolo di rappresentanza e di mediazione affidato in primo luogo ai partiti. Un pluralismo che, però, ha consistenza in quanto possa trovare espressione nel Parlamento, non a caso collocato dai Costituenti in una posizione centrale.

² «Premierato» *La vera posta in gioco della riforma*, *Corriere della Sera*, 6/8/2024.

³ Si veda il ddl di revisione costituzionale, AC 1921, art. 5.

Questa centralità a sua volta, ha senso se all'interno dell'istituzione parlamentare sono presenti tutte le forze politiche, di maggioranza e di opposizione/minoranza, e se a esse, insieme, è permesso un confronto, che può essere anche conflitto, ma che diviene poi dialogo e, infine, accordo.

Questo modello di parlamentarismo⁴ nasceva dalla consapevolezza nei Costituenti del carattere, per così dire, necessariamente multipartitico e frammentato del nostro assetto politico, un carattere che ha mostrato di essere persistente e che presenta difetti ma anche aspetti positivi⁵ e che comunque ha mostrato di essere ineliminabile, quasi connaturato al nostro sistema⁶.

La forma di governo parlamentare della Costituzione repubblicana è stata, dunque, pensata e disegnata proprio per governare questa frammentazione, così come emergeva già nel dibattito dell'Assemblea Costituente⁷.

È vero che la storia repubblicana ci ha offerto un funzionamento accidentato della particolare versione del parlamentarismo italiano, caratterizzata da instabilità dei governi e debolezza del Presidente del Consiglio⁸, ma davvero questi esiti sono tutti riconducibili a difetti del testo costituzionale e non piuttosto alla difficoltà di darvi attuazione? In questo senso, ci si può chiedere, ad esempio, perché il meccanismo di razionalizzazione relativo alla mozione di sfiducia, previsto dall'art. 94 Cost., non abbia mai effettivamente funzionato, e, specularmente, se quello, ben più stringente e rigoroso del progetto di revisione⁹ potrebbe funzionare, in un contesto di perdurante frammentazione politica, peraltro accentuata da

⁴ E. Cheli, *La forma di governo italiana nella prospettiva storica*, *Rass. parlam.* 2, 1998. 287 ss.

⁵ Si richiamano le considerazioni di A. Saitta, *L'oscillazione del pendolo*, Milano, 2004.

⁶ Basti qui richiamare la continua creazione di formazioni politiche nuove, autonome o per scissioni o rotture di quelle esistenti e così anche la costituzione di nuovi gruppi parlamentari a legislatura iniziata.

⁷ Si veda il noto odg Perassi e la relazione di Tosato sui poteri del Capo dello Stato e del governo, nella quale evidenziava "la pluralità e il profondo contrasto tra i partiti", formulandosi la considerazione dell'esigenza che la nuova forma di governo avrebbe dovuto consentire *un governo efficiente della disomogeneità*, come ricorda E. Cheli, *La forma di governo italiana nella prospettiva storica*, cit., 290-291.

⁸ Ci si limita a richiamare sul tema, G. Pitruzzella, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1996 e V. Lippolisi, G. Pitruzzella, *Il bipolarismo conflittuale. Il regime politico della seconda Repubblica*, Soveria Mannelli, 2007.

⁹ Si veda l'art. 7 del ddl di revisione costituzionale, AC 1921.

una polarizzazione che rende difficili, se non del tutto impossibili, accordi e convergenze tra le forze politiche.

In questo scenario il Presidente del Consiglio si troverebbe a essere, come in passato è stato, mediatore e compositore di conflitti, poiché pur essendo *eletto*, sarebbe comunque a capo di un governo di coalizione, dato che, difficilmente, il premio di maggioranza indicato nel nuovo testo dell'art. 92 Cost.¹⁰ sarebbe in grado di assicurare un esecutivo monopartitico¹¹.

A riguardo è possibile richiamare l'esperienza dei Governi Conte I e II, durante la XIX legislatura, così come guardare all'attuale compagine di governo, nata con la XX legislatura, al cui interno, stante la dichiarata compattezza e omogeneità delle sue componenti, non sono mancate e non mancano divisioni e divergenze, che la pur decisa e determinata Presidente del Consiglio è chiamata a comporre¹².

Vengono, infine, in luce due ulteriori considerazioni.

La prima è relativa al meccanismo definito dal nuovo art. 94 Cost. nell'ipotesi di mancata fiducia iniziale, con la previsione dello scioglimento automatico delle Camere nel caso di due voti negativi consecutivi; e al meccanismo previsto nell'ipotesi di approvazione di una mozione motivata che revochi la fiducia all'esecutivo, anch'essa seguita dallo scioglimento automatico delle Camere¹³.

Entrambi, dichiaratamente volti a dare stabilità al governo, lasciano

¹⁰ Si veda l'art. 5 del ddl di revisione costituzionale, AC 1921.

¹¹ Sul premio di maggioranza vale solo la pena di ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014, nel passaggio che lega la dimensione del premio di maggioranza al rispetto del carattere rappresentativo dell'assemblea parlamentare. In particolare, la Corte ha ritenuto che le disposizioni della legge 270 del 2005, assegnando "automaticamente un numero anche molto elevato di seggi", senza l'indicazione della soglia dei voti che occorre raggiungere, sono in grado di trasformare "in ipotesi, una formazione che ha conseguito una percentuale pur molto ridotta di suffragi in quella che raggiunge la maggioranza assoluta dei componenti dell'assemblea", Cons. dir. 3.1. In tal modo, le disposizioni citate "consentono una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di una «caratterizzazione tipica ed infungibile» (sentenza n. 106 del 2002)", Cons. dir. 3.1.

¹² E Cheli, *La Costituzione non va snaturata*, *Corriere della Sera*, 19/5/2024

¹³ Si veda l'art. 7 del ddl di revisione costituzionale, AC 1921.

aperti alcuni interrogativi, circa la loro effettiva applicazione¹⁴ e circa l'idoneità di una simile *ingessatura* dell'iniziale composizione della maggioranza nel garantire un funzionamento efficace della forma di governo.

La seconda considerazione porta l'attenzione sulla scelta del legislatore di revisione di intervenire sull'art. 94 Cost., trascurando del tutto la possibilità di operare sull'art. 95 Cost., vero cuore dei poteri affidati al Presidente del Consiglio, rinunciando così a una esplicitazione degli stessi già nel testo costituzionale o nelle disposizioni della legge n. 400 del 1988. Non mancherebbero, in tal senso, margini di manovra, in riferimento ad esempio alla funzione di *direzione* della politica generale del governo e agli strumenti con cui mantenere l'unità di indirizzo politico e amministrativo, nella funzione di *promozione e coordinamento* dell'attività dei ministri.

Il futuro cammino parlamentare e, presumibilmente, referendario del disegno di riforma potrà, forse, dare risposta alle questioni brevemente esaminate, sotto il profilo della *sostenibilità costituzionale* della *transizione* da esso proposta. In questo momento, però, non può trascurarsi di registrare, oltre che un diffuso disagio per un intervento così profondo sul testo della Costituzione, che, al di là della forma di governo, tocca anche i poteri e il ruolo stesso del Capo dello Stato, anche la sensazione di un certa approssimatività e fretteolosità nella definizione del testo di revisione, che genera incertezza e inquietudine.

3. Un secondo fronte di riflessione riguarda il sistema delle autonomie regionali. Qui non è in discussione la modifica del testo costituzionale, ma la sua attuazione, segnatamente quella dell'art. 116.3: "Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata".

Tale attuazione, come è noto, è avvenuta con l'approvazione della

¹⁴ Si è già detto della mancata attivazione nella storia repubblicana dello strumento della mozione di sfiducia dell'art. 94 Cost. nell'attuale testo.

contestata legge n. 86 del 2024, che ha dato forma al c. d. regionalismo differenziato, rimasto *dormiente* per più di venti anni.

Anche per questa *transizione* costituzionale si sono posti numerosi interrogativi, che hanno investito diversi profili, quali, ad esempio, la compatibilità della devoluzione con l'assetto unitario della Repubblica, la conciliabilità del processo di differenziazione tra le regioni con i principi costituzionali di eguaglianza, di solidarietà e di sussidiarietà e l'uso delle fonti normative, nella specie il decreto legislativo o il dpcm per la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) "concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117.2, m).

Diversamente dai dubbi che investono la revisione costituzionale della forma di governo, molti di quelli relativi al regionalismo differenziato hanno trovato una determinante soluzione nella recente, fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 192 del 2024¹⁵.

Non si intende qui svolgere un'analisi della complessa e articolata pronuncia del giudice costituzionale. Si ritiene, tuttavia, opportuno provare a verificare la compatibilità della transizione, rappresentata dal disegno di differenziazione, con il sistema democratico-costituzionale, facendo proprie le parole della Corte.

3.1. Allo scopo di inquadrare correttamente le numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle regioni¹⁶, La Corte muove dall'interpretazione dell'art. 116.3 Cost. alla luce dell'impianto costituzionale, con l'obiettivo, si potrebbe dire, di accertare proprio la *sostenibilità* con lo stesso della riforma approvata¹⁷. Ed è qui che vengono richiamati insieme il principio di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), collegati a quello dell'unità del popolo come titolare della sovranità (art. 1.2 Cost.); e il principio del pluralismo nelle sue diverse sfaccettature, che, tuttavia, non può infrangere l'unità del popolo, contribuendo, invece, alla sua ricchezza e identità: "La nostra democrazia costituzionale", ricorda la Corte, "si basa sulla compresenza e sulla dialettica di pluralismo e unità"

¹⁵ Corte Costituzionale sentenza 14/11/2024, n. 192.

¹⁶ Si ricorda che il giudizio è scaturito dalle questioni promosse dalle regioni Puglia, Toscana, Campania e Sardegna.

¹⁷ La disposizione dell'art. 116.3 Cost., ricorda la Corte "non può essere considerata come una monade isolata", sentenza 14/11/2024, n. 192, Cons. dir. 4.

¹⁸. Dunque, la nazione è una e uno è il popolo italiano, non ammettendosi “popoli regionali che siano titolari di una porzione di sovranità”¹⁹. A questa unità la Corte ricollega poi l’unicità della rappresentanza politica nazionale, escludendo che la “cura delle esigenze unitarie” possa essere affidata a un soggetto diverso dal Parlamento, diluendosi nelle competenze dei Consigli regionali²⁰.

Si costruisce, così, il legame tra la costante tensione di pluralismo e unità e la centralità dell’istituzione parlamentare, unica sede di tutela delle esigenze unitarie, perché unico luogo in cui è possibile il fisiologico e *trasparente* confronto tra le forze di maggioranza e quelle di opposizione; e perché le stesse si configurano come “tendenzialmente stabili, *trascendendo* “la dialettica maggioranza-opposizione”²¹.

La Corte prosegue affermando che questa tutela si dipana nelle disposizioni costituzionali relative all’impianto regionale, in particolare nella competenza legislativa esclusiva dello stato per le materie indicate nell’art. 117.2 Cost., nella determinazione dei principi fondamentali per le materie di competenza legislativa concorrente (art. 117.3 Cost.), nella riconosciuta competenza statale per le materie c. d. trasversali e nella previsione di interventi di perequazione finanziaria per i territori con minore capacità fiscale (art. 119.3 Cost.).

Successivamente, il giudice costituzionale richiama un altro principio costituzionale fondamentale, quello di solidarietà tra stato e regioni e tra regioni, che, insieme all’unità giuridica ed economica della Repubblica (art. 120.2 Cost.), al rispetto dell’eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti (art. 3 Cost.) e alla garanzia su tutto il territorio nazionale di eguali livelli delle prestazioni concernenti i i diritti civili e sociali (art. 117.2, m) Cost.) costituiscono limiti invalicabili per le regioni che vogliano attivare e beneficiare del processo di differenziazione²².

Il regionalismo italiano, dice la Corte, non è duale ma cooperativo e in questa luce va letta la possibilità di costruire la devoluzione prevista dall’art. 116.3 Cost.

¹⁸ Cons. dir. 4. Si veda la bella espressione di G. De Minico, *Quel vizio sistemico che mina l’impianto dell’autonomia*, *Sole 24ore*, 28/9/2024, che ricorda che “Il punto di equilibrio tra autonomia e unità è una misura di compatibilità che il Costituente ha disegnato con garbo nell’art. 5”.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

Seguendo il suo percorso di lettura del regionalismo alla luce dei citati principi costituzionali, il giudice costituzionale giunge al principio di sussidiarietà, configurato come “elemento di collegamento” tra unità e indivisibilità della Repubblica e autonomia regionale differenziata²³.

Secondo la Corte, la natura sostanziale del principio di sussidiarietà, quale principio di efficienza funzionale, esclude l’idea stessa di prevalenza di un livello su un altro, richiedendo, invece, di considerare quale livello ottimale di allocazione delle funzioni quello che è in grado di garantire il loro migliore esercizio e il maggior soddisfacimento dei bisogni della comunità interessata²⁴.

Dunque, la ripartizione delle funzioni, che potranno essere amministrative e/o legislative, nel processo di differenziazione non dovrà essere guidata né “da una logica di potere”, evocando una relazione conflittuale tra stato e regioni, “né dipendere da valutazioni meramente politiche”²⁵. Sarà solo un giudizio di adeguatezza a entrare in gioco, orientando la scelta, con una preferenza che va certamente al “livello più prossimo ai cittadini e alle loro formazioni sociali”, ma che va compiuta a favore del livello più alto, laddove sia questo ad assicurare l’esercizio più efficiente delle funzioni²⁶.

In questo passaggio sta, forse, uno dei punti chiave della sentenza nella definizione del mosaico della differenziazione.

Si tratta della distinzione che la Corte chiarisce tra *materia* e *funzione* e dell’affermazione della possibilità di operare un giudizio di adeguatezza solo in riferimento alla seconda e non alla prima²⁷.

Se, dunque, l’adeguatezza può essere valutata solo per singole funzioni e non per intere materie, un’interpretazione dell’art. 116.3 Cost.²⁸

²³ *Ibidem*.

²⁴ Sentenza 14/11/2024, n. 192, Cons. dir. 4.1: “Il principio di sussidiarietà richiede che la ripartizione delle funzioni, e quindi la differenziazione, non sia considerata *ex parte principis*, bensì *ex parte populis*”.

²⁵ Sentenza 14/11/2024, n. 192, Cons. dir. 4.1.

²⁶ *Ibidem*. La Corte chiarisce che la valutazione dell’adeguatezza del livello di attribuzione delle funzioni va fatta con riferimento ai criteri dell’efficacia e dell’efficienza della loro allocazione e di quella delle relative risorse, al criterio di equità nella distribuzione di queste e al criterio di responsabilità dell’autorità pubblica verso le comunità interessate, Cons. dir. 4.2.

²⁷ Il giudizio di adeguatezza, dice la Corte, “non può che riferirsi a specifiche e ben determinate funzioni e non può riguardare intere materie”, Cons. Dir. 4.1.

²⁸ “L’art. 116, terzo comma, Cost. va interpretato coerentemente con il significato

che sia coerente con il principio di sussidiarietà conduce ad ammettere la devoluzione sono per specifiche funzioni e non per materie o ambiti di esse²⁹ e, insieme, permette di cogliere come lo stesso art. 116.3 Cost. sia espressione della intrinseca *flessibilità* del principio di sussidiarietà, consentendo alla regioni di richiedere di *derogare* “all’ordine di ripartizione delle funzioni ritenuto in via generale ottimale dalla Costituzione”³⁰.

Ma una simile deroga, conclude la Corte, “va giustificata e motivata”, attraverso un’adeguata istruttoria che deve precedere l’iniziativa regionale e la successiva intesa, istruttoria che dovrà tenere conto di plurimi fattori, quali le caratteristiche delle funzioni e il contesto sociale, amministrativo, geografico, economico, demografico, finanziario, geopolitico, etc., nel quale la devoluzione opererà; infine, della richiesta formulata andranno dimostrati “i vantaggi in termini di efficacia ed efficienza, di equità e di responsabilità”³¹.

Ultimo confine alla devoluzione di competenze legislative piene, relative alle singole funzioni, è il rispetto dei limiti dell’art.117.1 Cost., delle competenze trasversali dello stato, tra le quali la Corte cita la tutela della concorrenza, l’ordinamento civile e i livelli essenziali delle prestazioni, del potere sostitutivo e, naturalmente, del sindacato del giudice costituzionale³².

In definitiva, il percorso di differenziazione dell’art. 116.3 Cost. viene

del principio di sussidiarietà, e pertanto la devoluzione non può riferirsi a materie o ad ambiti di materie, ma a specifiche funzioni”. Esso, infatti, “fa riferimento alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia «concernenti le materie», lasciando intendere che il trasferimento non riguarda le materie ma le singole funzioni concernenti le materie”, Cons. dir. 4.1.

²⁹ Cons. dir. 4.1. La Corte fornisce la definizione di funzione quale “insieme circoscritto di compiti affidati dalla norma giuridica ad un potere pubblico e definiti in relazione all’oggetto e/o alla finalità. A ciascuna materia afferisce, invece, una gran quantità di funzioni eterogenee, per alcune delle quali l’attuazione del principio di sussidiarietà potrà portare all’allocazione verso il livello più alto, mentre per altre sarà giustificabile lo spostamento ad un livello più vicino ai cittadini”.

³⁰ Cons. dir. 4.3. La Corte configura quali ulteriori manifestazioni della flessibilità del principio di sussidiarietà l’esercizio del potere sostitutivo dello stato (art. 120.2 Cost.), la c. d. chiamata in sussidiarietà per le funzioni legislative, che trasferisce al livello statale insieme alle competenze amministrative anche quelle legislative, laddove il livello superiore si riveli più adeguato e sempre nel rispetto del principio della leale collaborazione.

³¹ Cons. dir. 4.3.

³² *Ibidem*.

dalla Corte non negato, ma rimodellato, nel contenuto, solo specifiche funzioni di natura tanto amministrativa quanto anche legislativa, purché attinenti a singole materie e relative a un oggetto e/o a una finalità; nel processo, che si fonda su un'adeguata istruttoria basata sul principio di sussidiarietà; e nella legittimazione, richiedendo una giustificazione ragionevole della scelta devolutiva.

3.2. Costruito questo solido impianto interpretativo, tra le numerose questioni esaminate dal giudice costituzionale, vi è poi quella relativa all'individuazione della fonte normativa più idonea a determinare il livelli essenziali delle prestazioni. L'art. 3.1 della legge n. 86 del 2024 prevede a riguardo una delega legislativa al governo, in attuazione dell'art. 116.3 Cost., per definire gli stessi, omettendo, tuttavia, secondo le regioni ricorrenti, di indicare in modo esplicito i principi e i criteri direttivi della delega, che vengono individuati mediante un rinvio a quelli contenuti nell'art. 1, commi 791-801 bis della legge n. 197 del 2022 (legge di bilancio 2023).

Sul punto le doglianze delle regioni, variamente articolate, investono, tra gli altri, due profili: quello della violazione dell'art. 76 Cost., per carenza di principi e criteri direttivi e quello dell'uso del dpcm per procedere all'aggiornamento dei livelli essenziali delle prestazioni, già definiti, però, con precedenti decreti legislativi.

In riferimento al primo profilo, la Corte, pur ammettendo che i principi e i criteri direttivi della delega possano essere individuati *per relationem*, richiede che essi, comunque, indipendentemente dall'atto che li prevede, siano connotati da specificità e determinatezza, poiché devono essere in grado di “guidare il potere legislativo delegato” e di “fungere da parametro in un eventuale sindacato sui futuri decreti legislativi per eccesso di delega”³³. Ciò appare ancora più essenziale considerando la *delicatezza* della “scelta politica” che caratterizza i LEP, dato che sulla loro definizione si gioca la capacità di conciliare istanze differenti: autonomia delle scelte regionali ed esigenze di eguaglianza dei singoli, diritti ed equilibri finanziari, potenziali conflitti tra diritti diversi tra loro. Ancora, per la Corte, la genericità dei principi e criteri direttivi trova la sua causa nella “pretesa di dettare contemporanea-

³³ Sentenza 14/11/2024, n. 192, Cons. dir. 9.2. La Corte aggiunge che nel caso dell'art. 1.792 e ss. non vi sono neanche disposizioni di tipo procedurale in grado di compensare la genericità dei principi e criteri direttivi, *soddisfacendo* “lo standard dell'art. 76 Cost., dato che questa norma costituzionale esige che il potere governativo sia guidato dalle Camere”, *ibidem*.

mente criteri direttivi”, peraltro *per relationem*, “con riferimento a numerose e variegate materie”³⁴, affastellando insieme situazioni non assimilabili, che richiedono, per la peculiarità propria di ogni materia, “distinte valutazioni e delicati bilanciamenti”³⁵. Basta ciò per ritenere violate le prescrizioni dell’art. 76 Cost. e condurre all’illegittimità dell’art. 3.1 della legge n. 86 del 2024³⁶.

Il secondo profilo di legittimità costituzionale, sollevato da tutte le regioni ricorrenti, riguarda la previsione dell’art. 3.7 della legge n. 86 del 2024, che affida allo strumento del dpcm l’aggiornamento dei LEP, già stabiliti da precedenti decreti legislativi³⁷.

Qui il giudice costituzionale è netto nel riconoscere l’irragionevolezza di un simile meccanismo, in quanto “contraddittorio e dissonante rispetto al sistema costituzionale delle fonti”³⁸.

La disposizione dell’art. 3.7, infatti, prevede che un atto “di natura sostanzialmente regolamentare (il dPCM)” possa modificare un atto di rango legislativo non ancora esistente, il decreto legislativo, finendo per configurarsi come una fonte primaria³⁹. Ciò rivela la violazione dell’art. 3 Cost., manifestata proprio dalla contraddittorietà che un futuro atto avente forza di legge possa essere modificato con un atto di rango sub-legislativo⁴⁰.

³⁴ Sentenza 14/11/2024, n. 192, Cons. dir. 9.2.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Tale illegittimità, per il giudice costituzionale si riverbera in una lesione delle competenze costituzionalmente previste delle regioni ricorrenti, in quanto l’attribuzione al governo di un potere legislativo delegato illegittimo, perché viziato da principi e criteri direttivi insufficienti, disegna un “quadro illegittimo dell’azione regionale, dato che i LEP intersecano numerose materie regionali”, Cons. dir. 9.2.

³⁷ Il dpcm viene adottato su proposta dei ministri competenti, di concerto con il ministro per gli affari regionali e le autonomie e il ministro dell’economia e delle finanze, e viene preceduto dal parere della Conferenza unificata e delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per gli aspetti finanziari, art. 3.7 legge n. 86 del 2024.

³⁸ Sentenza 14/11/2024, n. 192, Cons. dir. 13.2.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*. La Corte, richiamando il parere del Comitato per la legislazione della Camera (parere del 23/4/2024, 5), segno del confermato e proficuo rapporto con l’organo chiamato a controllare la qualità dei testi normativi, stigmatizza la differenza tra la procedura delineata dall’art. 3.7 e la delegificazione dell’art. 17.2 della legge n. 400 del 1988, nella quale è la legge di delegificazione, e non il regolamento che ad essa segue, a produrre l’abrogazione della disciplina legislativa previgente, dalla data di entrata in vigore dello stesso regolamento di delegificazione. La Corte rileva la contraddittorietà interna dell’art. 3.9 con l’art. 3.1 della legge n. 86 del 2024, in riferimento all’art. 3 Cost., poiché le due disposizioni prevedono la coesistenza di due distinti, e non conciliabili,

Ne discende, anche in questo caso, l'incostituzionalità della disposizione dell'art. 3.7.

4. I due percorsi di riforma esaminati, l'uno il disegno di legge di revisione costituzionale della forma di governo, l'altro il disegno di attuazione del regionalismo differenziato, rappresentano altrettanti ambiti in cui possono prendere forma possibili *transizioni*, delle quali, come accennato in apertura di questo scritto, occorre valutare la compatibilità verso l'impianto costituzionale.

Se, come già ricordato, è fisiologico che le costituzioni affrontino processi di cambiamento volti ad adattare e ad adeguarle alle trasformazioni della società, esiste un limite oltre il quale questi processi non possono spingersi, una sorta di *punto di rottura*⁴¹, che ogni costituzione prevede.

Non è difficile individuare la mappatura di questi limiti, che, come è ben noto, sono dati da quei principi costituzionali fondamentali che definiscono l'identità di una comunità costituzionale e che rappresentano le radici della democrazia.

Solo modellandosi e costruendosi su questi principi, come la Corte ci ha ricordato, una *transizione* può dirsi sostenibile rispetto al sistema costituzionale.

Un monito per l'attuale governo e per quelli che verranno.

procedimenti di definizione dei livelli essenziali delle prestazioni: decreto legislativo (art. 3.1) e dpcm (art. 3.9), Cons. dir. 13.3.

⁴¹ Si richiama l'espressione quanto mai efficace del titolo del volume di R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

Gli Autori e le Autrici:

Giovanni Botto

Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Genova

Rallaele Caroccia

Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Napoli Federico II

Luca Salvatore Cellura

Dottorando di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti, Università degli Studi di Palermo

Emanuele Cocchiara

Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale e Pubblico presso l'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Lorenzo Diotallevi

Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata e dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate nell'Università degli Studi di Roma La Sapienza

Paolo Duret

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo e Pubblico presso l'Università degli Studi di Verona

Salvatore Esposito

Dottore di ricerca in Diritti, Istituzioni e Garanzie nelle Società in transizione presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Cosimo Pietro Guarini

Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Antonino Longo

Professore Associato di Diritto amministrativo e pubblico, Università degli Studi di Catania

Laura Lorello

Professoressa Ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo

Marco Rhao

Dottore di ricerca e Docente a contratto di Diritto pubblico dell'informazione e della comunicazione, presso il Dipartimento di Economia e Finanza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Carla Maria Saracino

Assegnista di Diritto amministrativo, Università del Salento

Sara Sergio

Dottoranda di ricerca in "Forme dell'evoluzione del diritto" e Docente a contratto, Unitelma Sapienza, Università degli Studi di Roma

Giuseppe Tropea

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo e Pubblico presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria

Jacopo Vavalli

Professore a contratto di diritto processuale amministrativo presso l'Università degli studi di Teramo